

La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia

HELENA SOLETO

AUREA GRANÉ

La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia

HELENA SOLETO

AUREA GRANÉ

DYKINSON

2019

La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia

© Helena Soletó

© Aurea Grané

Editorial Dykinson

c/ Meléndez Valdés, 61- 28015 Madrid

Tlf. (+34) 91 544 28 46

E-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-178-4

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/28327>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

AGRADECIMIENTOS

Nuestro agradecimiento a los Jueces y Letrados participantes, al Consejo General del Poder Judicial, al Grupo de Expertos en Mediación del CGPJ y a nuestros estudiantes.

Este trabajo ha sido subvencionado en parte por los proyectos DER2015-66435-P y MTM2014-56535-R, Ministerio de Economía y Competitividad, y se enmarca en el Proyecto innovación docente de la Universidad Carlos III de Madrid titulado Eficacia y Eficiencia de la Justicia, curso 2016/2017.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	5
ÍNDICE	7
PRÓLOGO	19
PARTE I. LA REPARACIÓN ECONÓMICA A LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL	21
Capítulo 1. La ineficacia del sistema español en la compensación a través del proceso	23
1. La víctima en el sistema de justicia	23
1.1. Las exigencias europeas	23
1.1.1. Regulación	23
1.1.2. La condena a Italia en la sentencia de 11 de octubre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	25
1.2. La regulación española de reparación a la víctima	26
1.2.1. La reparación a la víctima por el condenado	26
1.2.1.1. La reparación económica	26
1.2.1.2. La reparación no económica	27
1.2.1.3. El sistema procesal penal	28
1.2.1.4. El estatuto de la víctima	30
1.2.2. La reparación a la víctima por el Estado	31
2. Descripción del estudio de campo	34
2.1. Contextualización del estudio	35
2.2. Sobre el objetivo de la investigación	37
2.2.1. Objetivos del primer estudio	37
2.2.2. Objetivos del segundo estudio	37
2.3. Sobre la población objetivo de estudio	38
Madrid: población y organización	38
La población objetivo del primer estudio	40
La población objetivo del segundo estudio	40
2.4. Sobre la selección y representatividad de la muestra	42
En el primer estudio	42
En el segundo estudio	43
2.5. Sobre el estudio de campo	44
En el primer estudio	44
En el segundo estudio	46
3. Principales hallazgos	49
3.1. Estado de los expedientes	49
3.2. Las partes personadas	52
3.3. Características de las víctimas	52
3.3.1. Víctimas según el tipo de delito	54
3.3.2. La Administración pública como víctima	55

3.4.	Características de los condenados	56
3.5.	Conformidad, reparación y mediación	58
3.5.1.	Conformidad y acusación particular	59
3.5.2.	Reparación intrajudicial	60
3.6.	Existencia de indemnización en los expedientes de ejecución	62
3.7.	Cuantía de las indemnizaciones	63
3.7.1.	Acusación particular y cuantía de la indemnización	65
3.7.1.1.	Juzgados de los Penal	65
3.7.1.2.	Audiencia Provincial	66
3.7.2.	Conformidad y cuantía de la indemnización	67
3.7.2.1.	Juzgados de los Penal	67
3.7.2.2.	Audiencia Provincial	68
3.8.	Pago de las indemnizaciones	68
3.8.1.	Cuantías pagadas	68
3.8.2.	Incidencia de la acusación particular	72
3.8.3.	Responsable civil	74
3.8.4.	Pago único y pago fraccionado	75
3.8.5.	Incidencia de la conformidad	75
3.8.5.1.	Juzgados de lo Penal	75
3.8.5.2.	Audiencia Provincial	76
3.8.6.	Según clase de delito	77
3.8.7.	Reparación intrajudicial	80
3.8.8.	Insolvencia	80
3.9.	Los tiempos en la ejecución penal	81
3.9.1.	Entre comisión del ilícito y sentencia firme	81
3.9.2.	Entre sentencia firme e inicio de la ejecución	82
3.9.3.	Entre el inicio de la ejecución y el archivo	84
3.9.4.	Entre la sentencia firme y el primer pago que recibe la víctima	86
3.10.	La penas	87
3.10.1.	Pago y pena privativa de libertad	87
3.10.2.	La suspensión de la pena privativa de libertad	89
3.11.	Sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil	91
3.12.	La indemnización en el recurso	92
	Conclusiones	92
	Bibliografía	95
	Documentos institucionales	97

Capítulo 2. Asistencia jurídica y turno de oficio para la víctima 101

1.	Delimitación conceptual de la asistencia jurídica gratuita	101
1.1.	Origen histórico de la asistencia jurídica gratuita	101
1.2.	Asistencia a las víctimas	102
1.3.	El turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita	103
1.3.1.	Requisitos para formar parte del turno de oficio	104
1.3.2.	Organización de los diferentes turnos de oficio	106
1.4.	Condiciones para tener acceso a la asistencia jurídica gratuita	108
1.5.	Contenido material de la asistencia jurídica gratuita	111
1.6.	Procedimiento de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita	113
2.	El derecho a la asistencia jurídica gratuita en la Directiva 2012/29/UE	114
2.1.	La Directiva 2012/29/UE y su aplicación en España	115
2.2.	Formación de los profesionales para la efectividad de la directiva	117
2.3.	Oficinas de asistencia a las víctimas	118

3. La asistencia jurídica gratuita a las víctimas de delitos en España	121
3.1. Ámbito y alcance de la asistencia jurídica gratuita para las víctimas	121
3.2. Víctimas especialmente vulnerables	128
3.3. Servicios de orientación jurídica	131
Conclusiones	133
Bibliografía	135

PARTE II. EJECUCIÓN PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL 139

Capítulo 3. Competencia judicial en ejecución penal 141

1. Competencia	141
1.1. Competencia objetiva, territorial y funcional	141
1.2. Competencia «funcional» de la ejecución penal	142
1.3. ¿Competencia administrativa o jurisdiccional?	144
1.4. Derecho procesal penal internacional	150
2. Reglas de competencia en la ejecución del proceso penal español	152
2.1. Principios informadores	152
2.2. Sistema normativo de la ejecución penal	154
2.3. El juez de vigilancia penitenciaria	156
2.4. Regla de la competencia funcional en la ejecución	157
2.5. LOPJ: competencia, delitos leves y modificaciones legislativas significativas	158
3. Organización y eficacia de la ejecución penal	160
3.1. Juzgados especializados	160
3.2. Demarcación y planta juzgados de vigilancia penitenciaria	162
3.3. Normas de reparto	164
3.4. Nueva oficina judicial. Análisis de los servicios comunes de ejecutorias	165
3.4.1. Fuentes y metodología aplicada	166
3.4.2. Efectos de la implantación de la noj.	168
Conclusiones	170
Bibliografía	171

Capítulo 4. El fiscal en la ejecución 177

1. La ejecución de las resoluciones judiciales	178
2. El Ministerio Fiscal en la fase de ejecución del proceso penal	178
2.1. La organización del Ministerio Fiscal	178
2.1.1. Organización territorial	178
2.1.2. Organización por especialización	179
2.1.3. Otros aspectos de interés	180
2.2. El papel del Ministerio Fiscal	181
2.3. Relación entre el Ministerio Fiscal y la reparación de las víctimas	185
2.3.1. Fiscalía de la Comunidad de Madrid	185
2.3.2. Fiscalía Provincial de Barcelona	186
2.3.3. Fiscalía Provincial de Bilbao	186
2.3.4. Fiscalía Provincial de Sevilla	187
2.3.5. Previsiones sobre la materia en el Estatuto de la Víctima del Delito	188
2.4. El ministerio fiscal en la ejecución	189
2.4.1. Normativa	189
2.4.2. Datos	191

2.4.3.	Problemática	195
2.4.4.	Soluciones planteadas por la Fiscalía General del Estado	197
3.	El fiscal en la ejecución en procesos penales de menores	200
3.1.	Consideraciones generales	200
3.2.	Intervención del Ministerio Fiscal	201
4.	El Ministerio Fiscal en vigilancia penitenciaria	204
4.1.	Previsiones en el reglamento penitenciario	204
4.2.	Funciones del fiscal de vigilancia penitenciaria	206
	Conclusiones	207
	Bibliografía	211
Capítulo 5. La participación de la víctima en la ejecución		215
1.	La participación de la víctima en la ejecución.	215
1.1.	La Directiva 2012/20/ue y su trasposición al ordenamiento jurídico español	216
1.2.	El concepto de víctima de la Ley 4/2015	217
1.3.	Mecanismos de participación de la víctima en la fase de ejecución; el Artículo 13 de la Ley 4/2015	218
1.3.1.	Participación directa: los recursos contra autos dictados por el juez de vigilancia penitenciaria	220
1.3.2.	Participación indirecta: otras formas de intervención	224
1.3.3.	La división de la doctrina.	226
1.4.	Instrumentos complementarios a la participación de la víctima en fase de ejecución penal.	230
1.4.1.	La justicia restaurativa en la ejecución penitenciaria: los acuerdos de reparación	230
1.4.2.	El trabajo penitenciario orientado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito	235
	Conclusiones	241
	Bibliografía	243
Capítulo 6. Investigación patrimonial del condenado		249
1.	Estatus de la parte pasiva penal. Derechos y obligaciones.	249
1.1.	Parte pasiva penal.	249
1.2.	Parte pasiva civil.	250
1.3.	Derechos y obligaciones.	258
2.	Finalidad de la averiguación patrimonial.	263
2.1.	Adopción medidas cautelares	263
2.2.	Presupuestos para la adopción de medidas cautelares.	264
2.3.	Momento para la adopción de medidas cautelares.	265
2.4.	Medidas cautelares reales	266
2.5.	Procedimiento para la adopción de medidas cautelares.	267
3.	Ejecución de la condena.	268
3.1.	Metodología de la investigación	268
3.2.	Instrumentos para la investigación. El punto neutro judicial.	269
	Conclusiones	274
	Bibliografía	275

PARTE III. SITUACIÓN DEL CONDENADO EN LA EJECUCIÓN 279**Capítulo 7. La suspensión de la pena privativa y libertad condicional. 281**

1. Suspensión de la pena, libertad condicional y justicia restaurativa.	281
1.1. La suspensión de la pena privativa de libertad	281
1.1.1. Modificaciones legislativas abordadas en 2015	283
2. La libertad condicional	287
2.1. Derecho de participación de la víctima.	289
3. Competencia: juez sentenciador y juez de vigilancia penitenciaria.	291
4. Ineficacia de la reparación económica	293
4.1. Medidas de garantía de la reparación económica	295
4.1.1. Indemnizaciones por parte del estado	295
4.1.2. Medidas cautelares patrimoniales	297
5. Justicia restaurativa y suspensión.	297
5.1. Modelos de justicia restaurativa	298
5.2. Justicia restaurativa en fase de ejecución	299
5.2.1. Efectos en el proceso	299
5.2.2. Europa.	300
5.2.3. Justicia restaurativa como requisito esencial	301

Conclusiones	322
------------------------	-----

Bibliografía	323
------------------------	-----

Capítulo 8. La insolvencia del condenado 307

1. La insolvencia del condenado a la pena de multa	307
1.1. Concepto y fundamento de la pena de multa.	307
1.2. Ejecución de la pena de multa. Responsabilidad personal subsidiaria	309
1.3. Análisis jurisprudencial: insolvencia frente a la multa.	312
2. La insolvencia frente a la indemnización	313
2.1. Responsabilidad civil derivada del delito	313
2.2. Consecuencias del impago y declaración de insolvencia frente a la indemnización	316
3. Procedimiento para decretar la insolvencia	318
4. Las medidas cautelares como garantía de la ejecución	320

Conclusiones	322
------------------------	-----

Bibliografía	323
------------------------	-----

Capítulo 9. Eficacia del pago y percepción de impunidad: consecuencias de la reparación en el condenado 325

1. Incentivos a la reparación: finalidad	325
2. Durante el proceso: atenuante de reparación.	325
3. Tras la sentencia	330
3.1. Suspensión de la pena	330
3.2. Beneficios penitenciarios y la libertad condicional	332
3.3. La cancelación de antecedentes penales y su relación con la renovación del permiso de residencia para inmigrantes	335
4. ¿Percepción de impunidad?.	336

Conclusiones	341
------------------------	-----

Bibliografía	341
------------------------	-----

Parte IV. Reparación a la víctima en ámbitos específicos343

Capítulo 10. Delitos contra la libertad sexual345

1. Víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual345
 - 1.1. Principales rasgos y singularidades de las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.345
 - 1.2. Necesidades de las víctimas a lo largo de todo el proceso penal y mecanismos procesales de protección.347
2. Evolución de la regulación internacional y nacional: precedente normativo348
 - 2.1. Normativa internacional348
 - 2.2. Normativa comunitaria y española.350
3. Ley 35/1995, de 11 de noviembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.352
 - 3.1. Ámbito objetivo de la ley352
 - 3.2. Ámbito subjetivo de la ley355
 - 3.3. Ámbito temporal de la ley355
 - 3.4. Naturaleza jurídica de las ayudas previstas en la ley356
 - 3.5. Determinación, mecanismo de atribución y requisitos para su obtención.359
 - 3.6. Eficacia práctica de la ley en relación con los delitos contra la libertad sexual en España.361
 - 3.7. Asistencia a las víctimas364
4. Asistencia a las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.366
 - 4.1. Regulación extensiva más allá de la Ley 35/1995: Estatuto de la Víctima del Delito y su desarrollo por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre.366
 - 4.2. Oficinas de Asistencia a las Víctimas367
5. Justicia restaurativa en delitos contra la libertad sexual369
 - 5.1. Regulación internacional y nacional.369
 - 5.2. Justicia restaurativa y mediación intrajudicial.372
 - 5.3. Justicia restaurativa y mediación en delitos sexuales376

Conclusiones378

Bibliografía381

Capítulo 11. La víctima del delito de trata de seres humanos e inmigración ilegal387

1. La víctima del delito de trata de seres humanos.387
 - 1.1. Factores que influyen en el fenómeno de la trata de seres humanos387
 - 1.2. El delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración ilegal.388
 - 1.3. El perfil de las víctimas del delito de trata.390
 - 1.3.1. El perfil de la víctima en el mundo390
 - 1.3.2. El perfil de la víctima de la trata de personas con fines de explotación sexual en España.393
2. La protección y asistencia de la víctima del delito de trata de seres humanos.394
 - 2.1. Marco normativo internacional394
 - 2.2. El marco normativo nacional en relación con la protección y asistencia de la víctima.395
 - 2.3. Una posible ley integral para la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas.399
3. Derecho a la reparación de las víctimas del delito de trata.401

Conclusiones404

Bibliografía405

Capítulo 12. La reparación en violencia de género 409

1. El concepto de violencia de género	409
1.1. Evolución histórica del concepto de violencia de género en el Derecho español	410
1.2. La violencia de género en el código penal. El Artículo 173.2	412
1.3. La relación entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica.	416
2. La víctima de violencia de género	418
2.1. Estatuto de la víctima de violencia de género	419
2.2. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Derechos de la víctima	420
2.3. La acreditación de la condición de víctima de violencia de género	423
2.4. La tutela de la víctima en el proceso penal	425
3. Valoración del daño en la violencia de género	428
4. Reparación de la víctima de violencia de género	430
4.1. Criterios de reparación.	432
4.2. Consecuencias de la reparación del daño en el delito de violencia de género. La reparación como atenuante en los supuestos de violencia de género.	432
Conclusiones	434
Bibliografía	437

Capítulo 13. Reparación en delitos contra la administración pública 441

1. Delitos contra la administración pública.	441
1.1. Introducción al concepto de administración pública	441
1.2. El bien jurídico protegido	441
1.3. El sujeto activo: concepto de funcionario y autoridad pública	442
1.4. Breve definición de los delitos más representativos.	444
1.4.1. Cohecho	444
1.4.2. Prevaricación	445
1.4.3. Malversación	446
2. La corrupción pública.	448
2.1. Contexto social	448
2.2. Concepto y regulación	449
3. Los delitos contra la administración pública bajo la reforma de la LO 1/2015	451
3.1. Introducción	451
3.2. Reformas significativas en el título xix	451
4. La oficina de recuperación y gestión de activos	455
4.1. Introducción y definición.	455
4.2. Ámbito de actuación	455
4.3. Actividad de la orga: primeros datos disponibles	456
Conclusiones	457
Bibliografía	458

Capítulo 14. La reparación económica en el caso Madrid Arena 461

1. Introducción	461
1.1. Resumen del caso.	461
1.2. Las partes en el proceso	462
2. Las medidas cautelares en instrucción.	462
2.1. Medidas cautelares personales	463
2.2. Medidas cautelares patrimoniales	464
2.3. Entidades aseguradoras: consignación	467

3. La sentencia	469
3.1. Hechos probados	469
3.2. El fallo: responsabilidad criminal	471
4. Responsabilidad civil	473
4.1. Responsables civiles directos.	473
4.2. Responsables civiles directos ex contractu.	474
4.3. Responsables civiles subsidiarios.	477
4.4. Cuantía de las indemnizaciones	478
5. La reparación de las víctimas.	480
Conclusiones	484
Comentario final	485
Bibliografía	486

Capítulo 15. La reparación en el proceso de menores

1. Evolución del sistema de responsabilidad civil en la jurisdicción de menores.	489
1.1. Planteamiento general y antecedentes históricos.	489
1.2. Ley Orgánica 5/2000: ejercicio independiente de las acciones civil y penal.	491
1.3. Ley Orgánica 15/2003: reforma del Artículo 25.	492
1.4. Ley Orgánica 8/2006: ejercicio acumulado de acciones.	493
2. El sistema de responsabilidad civil contenido en la actual LORPM.	494
2.1. Ámbito de aplicación.	494
2.2. Legitimación activa	496
2.3. Legitimación pasiva.	497
3. Reparación no económica en el procedimiento de menores.	500
3.1. Concepto y origen de la justicia restaurativa.	500
3.2. Justicia restaurativa en la LORPM.	502
3.3. La práctica de la justicia restaurativa en menores: Comunidad de Madrid	505
3.4. Las ventajas de la justicia restaurativa en menores.	507
4. La delincuencia juvenil en cifras y recomendaciones para mejorarlas.	508
Conclusiones	510
Bibliografía	512

PARTE V. REPARACIÓN DEL DAÑO Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Capítulo 16. La atenuante por reparación del daño

1. La atenuante de reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.	517
1.1. Atenuantes genéricas y específicas	518
2. La regulación autónoma de la antigua atenuante en el CP de 1995.	519
2.1. Breve referencia a la regulación anterior	519
2.2. Abandono de la exigencia de arrepentimiento espontáneo	520
2.3. Eliminación de la referencia a la satisfacción de la víctima	522
2.4. Ampliación del límite temporal	522
2.5. Contenido de la reparación	523
2.5.1. Reparación en la medida de la propia capacidad	525
2.5.2. Nivel de esfuerzo en virtud del alcance del daño infringido	526
2.5.3. Persona que ha de realizarla	526
2.5.4. Aceptación de la reparación por la víctima.	527
2.6. Reconocimiento de los hechos	527

2.7. Reparación simbólica	529
2.8. Responsabilidad civil y reparación del daño	531
3. La atenuante por reparación del daño: diversas tesis que fundamentan su aplicación.	534
3.1. La atenuante por reparación desde una perspectiva político-criminal	534
3.2. La atenuante de reparación del daño como «actus contrarius» de rectificación	535
Conclusiones	536
Bibliografía	539

Capítulo 17. Reparación y modelos de justicia restaurativa 541

1. La justicia restaurativa.	541
1.1. Antecedentes y contextualización.	541
1.2. Concepto justicia restaurativa.	544
1.3. Objetivos.	546
2. La justicia restaurativa en el proceso penal	547
2.1. Legislación aplicable y especialidades.	547
2.1.1. Normativa internacional	448
2.1.2. Normativa nacional	550
2.2. Modelos de justicia restaurativa.	551
2.3. Procedimientos de justicia restaurativa.	552
2.4. Aplicación de programas de jr en las diversas fases del proceso penal.	556
2.5. Consecuencias jurídicas de aplicación de programas de JR	562
Conclusiones	565
Bibliografía	566

Capítulo 18. Elementos básicos de justicia restaurativa 569

1. Introducción	569
2. Colisión entre justicia restaurativa y principios del sistema penal	571
3. La justicia restaurativa: definición y procedimientos	573
4. Marco normativo de la justicia restaurativa penal	576
4.1. Dentro del marco de naciones unidas.	576
4.2. Consejo de europa	576
4.3. Unión Europea	576
4.4. Legislación española.	578
5. Principios de la mediación penal.	580
6. Fases de la mediación	582
6.1. La fase informativa.	582
6.2. Fase de mediación	583
6.3. Fase de ejecución del acuerdo.	584
7. La justicia restaurativa en las fases de instrucción y enjuiciamiento	584
7.1. Fase de instrucción.	585
7.2. Fase de enjuiciamiento.	587
8. La justicia restaurativa en fase ejecución	589
8.1. Justicia restaurativa en la fase de ejecución procesal	594
8.2. Justicia restaurativa durante la fase penitenciaria	595
8.2.1. Mediación penitenciaria.	596
8.2.2. Mediación restaurativa.	597
8.3. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de eta	604
Conclusiones	608
Bibliografía	610

Capítulo 19. El acuerdo de reparación en la justicia restaurativa 615

1. El acuerdo de reparación o restaurativo.	615
1.1. Naturaleza jurídica.	615
1.1.1. El acuerdo de reparación como sanción penal autónoma	615
1.1.2. La reparación como tercera vía.	616
1.1.3. Acuerdos de reparación como vía de pacificación social.. . . .	617
1.2. Forma	617
1.3. Contenido	619
2. El acuerdo y las fases del proceso	622
2.1. Fase de instrucción.	622
2.2. Fase de enjuiciamiento.	625
2.3. Fase de ejecución	627
2.4. Consecuencias penológicas derivadas del acuerdo.	628
Conclusiones	629
Bibliografía	632

PARTE VI. REPARACIÓN ECONÓMICA A LA VÍCTIMA POR EL ESTADO 635**Capítulo 20. La indemnización a las víctimas en el Derecho comparado 637**

1. La situación de la víctima en el sistema penal	637
1.1. La víctima como sujeto de reparación	637
1.2. Evolución de la víctima en el Derecho	638
1.3. Victimología y victimización	639
2. Contexto normativo internacional	640
3. La víctima en el derecho español. Nuevo estatuto de la víctima del delito	642
3.1. Concepto de víctima	643
3.2. Información a la víctima	644
3.3. Participación de la víctima.	645
4. La reparación a la víctima en derecho comparado.	647
Conclusiones	649
Bibliografía	649

Capítulo 21. Las indemnizaciones de la Ley 35/1995. 651

1. La compensación estatal a las víctimas de los delitos.	651
1.1. Regulación.	651
1.1.1. Antecedentes	652
1.1.2. Otras leyes victimales.	653
2. La ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.	654
2.1. Naturaleza de la compensación	655
2.2. Ayudas públicas	657
2.3. Asistencia a las víctimas	665
2.4. Deberes de información	666
2.5. Las oficinas de asistencia a las víctimas	667
2.6. El procedimiento para la obtención de la ayuda	668
2.7. Ayudas provisionales	671

2.8. La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y el proceso de impugnación	672
2.9. Acciones del estado: subrogación y repetición.	673
3. La regulación internacional	675
3.1. Regulación en el Derecho internacional	673
3.2. Derecho europeo	675
3.2.1. Normativa de referencia.	675
3.2.2. La tutela del tñe del derecho a la reparación y compensación	683
3.2.3. Los sistemas de compensación estatal en los distintos países de la UE	686
4. Eficacia práctica de la Ley 35/1995.	690
4.1. La criminalidad en España.	690
4.2. La compensación estatal a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual en cifras	693
Conclusiones	695
Bibliografía	698
Capítulo 22. El pago de indemnizaciones por el estado en terrorismo.	703
1. Introducción	703
2. Definición de terrorismo	705
3. Víctima de terrorismo.	707
4. Sistema legal español de reparación de las víctimas del terrorismo.	709
4.1. Régimen estatal: “Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo”.	710
4.2. Régimen autonómico.	720
5. Justicia restaurativa en los delitos de terrorismo.	721
6. Sistemas comparados de reparación de las víctimas de terrorismo	725
6.1. Francia.	725
6.2. Italia	727
6.3. Israel	727
6.4. Estados unidos de américa: atentados del 11 de septiembre de 2001	729
CONCLUSIONES	730
BIBLIOGRAFÍA	731
NOTA BIOGRÁFICA SOBRE LAS AUTORAS	735

PRÓLOGO

Existe abundante evidencia, y es cada vez más reconocido, que la solución a los problemas a los que se enfrentan las sociedades en el siglo XXI va a requerir enfoques interdisciplinarios, donde la mezcla de conocimientos de expertos de distintos campos genere formas nuevas de abordar viejos problemas. En particular, la digitalización de la información, la capacidad creciente de recoger datos con bajo coste y de transmitirlos y analizarlos a gran velocidad, el llamado entorno Big Data, está aportando nueva evidencia empírica para transformar muchas facetas de nuestra sociedad. Este cambio, sin embargo, no se producido aún en el terreno de la justicia, que tiene hondas raíces ancladas en la tradición. Sin embargo, es patente la necesidad de transformar nuestro sistema legal para adaptarlo a las necesidades actuales: según el Barómetro Externo encargado por el Consejo General de la Abogacía Española, la mayoría de los ciudadanos creen que la Administración de Justicia funciona mal, siendo lenta e ineficaz. Cualquier propuesta sensata para modificar nuestro sistema legal debe partir de los datos que describan su funcionamiento actual, y este libro es especialmente bienvenido al representar un avance pionero en esta dirección.

Los resultados del estudio que describe esta obra ilustran cómo la colaboración entre juristas y estadísticos puede desvelar las deficiencias y sugerir soluciones en problemas legales de gran importancia social. Sus autoras, Helena Soletto y Aurea Grané, profesoras de la Universidad Carlos III de Madrid, llevan años realizando una labor de investigación y formación ejemplar y de gran impacto, impulsando la colaboración entre juristas y analistas de datos. Este libro es un resultado de esta fructífera línea de trabajo y clarifica el efecto de las indemnizaciones como forma de reparación a las víctimas en un proceso penal. Del análisis detallado de los datos disponibles de la Comunidad de Madrid las autoras concluyen que la reparación económica es generalmente insatisfactoria para las víctimas: un tercio de ellas no cobran nunca y casi la mitad no recibe totalmente lo estipulado. Además, la tradicional lentitud de nuestra justicia se extiende al tiempo necesario para cobrar las indemnizaciones: cinco años de media para los que consiguen algún pago. El libro contiene un estudio riguroso del problema y sugiere soluciones realistas para resolverlo.

Espero y deseo que esta colaboración entre juristas y estadísticos, iniciada con tanto éxito en la Universidad Carlos III de Madrid, se consolide y amplíe en el futuro y se extienda a otras universidades españolas. Este trabajo conjunto tiene ya una larga tradición en el mundo anglosajón, donde es frecuente que los estadísticos acudan como expertos a juicios y han tenido un papel muy relevante en las sentencias sobre discriminación en EEUU. Sin embargo, a pesar de que muchos juristas han contribuido al desarrollo de la Estadística en España, como por ejemplo Pascual Madoz a mediados del siglo XIX con su Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de Ultramar, y que la primera cátedra de Estadística se crea en una facultad de Derecho, desde la consolidación de la Estadística en el siglo XX ha existido poca interacción en España entre ambas disciplinas.

Especialmente interesante es la integración de ambas materias en la investigación desarrollada por los estudiantes de trabajo de fin de grado en Derecho y Administración de Empresas, que han participado en este innovador proyecto docente e investigador.

Confío en que este trabajo impulse nuevas colaboraciones que vayan construyendo una visión panorámica integral y un diagnóstico preciso de la situación de nuestro sistema jurídico. Los datos, que son siempre tozudos, pueden poner de manifiesto las graves injusticias asociadas a un sistema judicial con pocos medios, mal administrado y anclado en el pasado. Quizás entonces la sociedad española, que ha avanzado mucho en construir una sociedad abierta y moderna durante la Democracia, exija a nuestros políticos la reforma pendiente desde la transición: la de la Justicia. Este debería ser el cambio importante y urgente a emprender en los próximos años.

Daniel Peña
Universidad Carlos III de Madrid

Parte I

**LA REPARACIÓN ECONÓMICA
A LA VÍCTIMA
EN EL PROCESO PENAL**

Capítulo I

LA INEFICACIA DEL SISTEMA ESPAÑOL EN LA COMPENSACIÓN A TRAVÉS DEL PROCESO

Helena Soleto y Aurea Grané

1. LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

1.1. Las exigencias europeas

1.1.1. Regulación

La reparación a la víctima ha sido una finalidad secundaria del proceso penal tradicionalmente, siendo la principal la represión de la conducta delictiva y la tutela jurídica¹.

Los países desarrollados han focalizado tradicionalmente sus esfuerzos normativos y prácticos en el desarrollo y cumplimiento de las garantías jurídicas en torno al acusado, a la vez que se ha cuidado la situación de la víctima periféricamente². En los últimos años a nivel mundial³ y en los países europeos se ha realizado un esfuerzo por mejorar el tratamiento a la víctima, a medida de que las exigencias mínimas del proceso debido cara al infractor se van superando.

El Consejo de Europa ha sido la institución que más tempranamente se ha ocupado de la visión y protección de la víctima ante el ilícito penal, y específicamente el Convenio Europeo sobre compensación por el Estado a víctimas de delitos violentos

¹ Sobre función y fines de la pena vid. entre otros ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal: parte general, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 452 y ss.

² No obstante, nuestro modelo ha sido uno de los que más protagonismo ha dado a la víctima en el proceso penal. Prueba de ello es: i) la posibilidad de ejercicio de la acción penal y civil en el proceso penal por parte de la víctima (art.109 LECrim); ii) la obligación de ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal de manera conjunta a la penal, independientemente de la personación del perjudicado en el proceso penal (art. 108 LECrim); y iii) la posibilidad de seguir el proceso penal a los solos efectos de la reparación de la víctima (arts. 655 párr. 5º y 695 LECrim).

³ Vid. en relación con el tratamiento a nivel internacional y de la Corte Penal Internacional LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre 2013, págs. 209-226.

(ETS n.116) de 1983 y la Recomendación 2006 (8) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre asistencia a víctimas de delito.

En el marco de la Unión Europea, numerosos documentos de trabajo y regulación se aprobaron en una primera fase con la finalidad de mejorar la situación de la víctima, destacando en el ámbito que nos ocupa la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la indemnización a las víctimas de delitos⁴.

Las instituciones europeas, ante la falta de homogeneidad y eficacia en la implementación, por una parte, y la posibilidad de regular a través de Reglamentos y Directivas en esta materia a partir del Tratado de Lisboa por otra, ha desarrollado normativas más exigentes para todos los Estados, concretamente los siguientes textos:

- **Directiva 2011/36/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- **Directiva 2011/92/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.
- **Directiva 2012/29/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
- **Reglamento 606/2013** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

La normativa de la UE supone una exigencia a los Estados de que desarrollen, dentro de su especial estructura y visión, sistemas que garanticen la reparación a la víctima, además de su tratamiento adecuado, información y protección.

Centrándonos en la reparación económica, y dejando de lado la reparación a través de la participación en el proceso o la posible reparación emocional que se procure a través del propio proceso o la condena, o medidas de protección, los países regulan la

⁴ Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (tratamiento global de los derechos de las víctimas), Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (modificada en 2008), Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la indemnización a las víctimas de delitos, Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la asistencia y el permiso de residencia para las víctimas nacionales de terceros países.

compensación económica que debe producirse para reparar la victimización de formas diferentes; en algunos casos es el propio Estado el que compensa, en otros ha de hacerlo el condenado, y en la mayoría de los casos, conviven los dos modelos⁵.

1.1.2. La condena a Italia en la Sentencia de 11 de octubre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La normativa del Consejo de Europa y de la Unión Europea parecen permitir a los Estados una cierta flexibilidad en la organización de sus sistemas de compensación a la víctima.

Es muy destacable, para entender el grado de exigencia requerido a los Estados, la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 11 de octubre de 2016 en el asunto C-601/14.

En esta sentencia de finales de 2016 se condena a Italia por no haber desarrollado un sistema de indemnización a víctimas por parte del Estado por delitos violentos, exigido ya por la Directiva de 2004. Concretamente, aunque Italia tiene una ley que sí contempla la compensación en casos de terrorismo y crimen organizado, no se regula para delitos sexuales.

En el artículo 12.2 de la Directiva 2004/80 se establece que “*todos los Estados miembros garantizarán que sus normas nacionales establecen la existencia de un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada*”. El Tribunal recuerda en su Sentencia que “el considerando 7 de la Directiva específica, en particular, que, por consiguiente, todos los Estados miembros deben disponer de un mecanismo de indemnización de esas víctimas”, y señala que aunque la Directiva se refiera al derecho desde un punto de vista transfronterizo, ello obliga a que se interprete el artículo 12.2 de forma general, respecto de todos los casos: “debe interpretarse en el sentido de que pretende garantizar al ciudadano de la Unión el derecho a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios sufridos en el territorio de un Estado miembro donde se encuentre, en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, obligando a cada Estado miembro a dotarse de un régimen de indemnización para las víctimas de todos los delitos dolosos violentos cometidos en su territorio”.

Extrapolando esta resolución del Tribunal de la UE al caso español, consideramos que podría condenarse a España por incumplimiento del mismo artículo de la Directiva de 2004, pues aunque la normativa no excluye literalmente casos que deberían incluirse, en la práctica su aplicación es inexistente para la mayoría de los casos, completamente evidente en el caso de los delitos sexuales. Como veremos más adelante, las indemnizaciones concedidas por la Administración española fuera del ámbito del terrorismo son anecdóticas.

⁵ Vid. Non-criminal remedies for crime victims, Consejo de Europa, 2009.

1.2. La regulación española de reparación a la víctima

1.2.1. La reparación a la víctima por el condenado

Para que una víctima pueda ser reparada a través del sistema de Justicia, el sistema español exige que se produzca una sentencia con una condena indemnizatoria en un proceso penal, en el que por lo general se ejercitará la acción de compensación o bien en un proceso civil, caso excepcional en la práctica, porque se hayan reservado las acciones⁶. Este modelo parte de la “desigualdad” de las pretensiones de las partes en el proceso penal (víctima/victimario), pues la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la reparación de la víctima se concibe como una competencia *secundum eventum litis*, lo que determina la subsidiariedad de la pretensión de la víctima al éxito de la pretensión punitiva del Estado⁷. Esta circunstancia ha provocado en nuestro ordenamiento constantes denuncias sobre los perversos problemas que suscita lo que se ha venido en denominar el peregrinaje jurisdiccional de las víctimas⁸.

La naturaleza y el tratamiento de esta acción civil ha sido y sigue siendo discutida por la doctrina, ya que al experimentar un tratamiento tan especial por su vinculación al sistema punitivo y la “vinculación de importantes beneficios y/o perjuicios al pago o impago de la responsabilidad civil derivada de delito, han hecho de la RC *ex delicto* un relevante instrumento político criminal en pro de la reparación a la víctima”⁹.

1.2.1.1. La reparación económica

La reparación económica es, tanto en la normativa como en la práctica, la manera más habitual de reparación a la víctima y la tradicionalmente contemplada por los códigos del siglo XIX. La acción penal en cuanto *ius ut procedatur* tiene como objeto el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En cambio, la acción civil deducible en el proceso

⁶ Sobre la intervención de la víctima en el proceso español, vid. ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant, Valencia, 2006, FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant, Valencia, 2004, FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, o QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*, Aranzadi, 2A02. o 05, naturaleza y desarrollo de 002. A02. o 05, naturaleza y desarrollo de A02. o 05, naturaleza y desarrollo de

⁷ FONT SERRA, E., “Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal”, *RJC*, núm. 4, 1988, pág. 949; SILVA MELERO, SILVA MELERO, V., “El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal”, *RGLJ*, núm. 188, diciembre, t. XX, 1950, pág. 665 y VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “El ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, *CDJ*, XVIII, mayo, 1994, pág. 127.

⁸ ARNÁIZ SERRANO, A. *Las partes civiles en el proceso penal*, ob. cit., págs. 82 y ss.; MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., “La acción de responsabilidad civil ejercitada tras actuaciones penales”, *CDJ*, 1993, núm. 19, págs. 81-141.

⁹ HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo” en *Indret*, 4/2014.

penal ha tenido exclusivamente por objeto la reparación económica del daño ocasionado como consecuencia del hecho aparentemente delictivo¹⁰.

No parece desafortunado concluir que la acción civil ejercitable en el proceso penal es aquélla que permite al perjudicado por un hecho con apariencia delictiva deducir en dicho proceso una pretensión de reparación del daño producido con ocasión del delito, si entendemos que la remisión que el art. 1.092 del CC hace al CP de las “las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas” se refiere exclusivamente a las obligaciones previstas en el Capítulo II, del Título XVI, del Libro IV del CC “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”. Por tanto, tradicionalmente sólo se ha procurado una “reparación de contenido económico patrimonial” encaminada a compensar el daño ocasionado como consecuencia del hecho delictivo.

En lo que toca a lo normativo, evidentemente, el establecimiento de una obligación de reparación económica por parte del condenado cumple con los criterios de justicia material que toda sociedad exige. Además, tampoco es posible que el legislador establezca mecanismos para la condena a una reparación de carácter emocional, que dependerá de la actitud y comportamiento del condenado.

Esto no impide que el sistema jurídico sí tenga en cuenta valores morales o ciudadanos del condenado y les otorgue relevancia penal o procesal, véase, arrepentimiento, colaboración, el perdón, la reparación...

Concretamente, y dadas las circunstancias socio jurídicas de una sociedad como la española, en la que la transición política de los años 70 ha llevado a un Estado agnóstico, el sistema penal contiene pocos elementos relacionados con lo volitivo más allá del dolo.

La reparación económica es una manera objetiva y transparente de reparación, cuantificable y medible por los operadores jurídicos.

Pese a que el sistema teórico es razonable y lógico, diversas circunstancias prácticas dificultan la eficacia de la compensación.

1.2.1.2. La reparación no económica

La reparación a la víctima puede ir más allá de la propia medida penal o la indemnización a cargo del condenado o la compensación a cargo del Estado, y puede consistir en compensaciones no económicas relacionadas con la actitud del agresor.

Desde el punto de vista jurídico nuestra jurisprudencia ha interpretado la reparación, a efectos de atenuante en un sentido amplio, incluyendo también actividades o actitudes sin contenido patrimonial¹¹.

Este tipo de reparación es susceptible de producirse cuando la víctima participa en un procedimiento de justicia restaurativa, cuyos objetivos son respecto de la vícti-

¹⁰ FONT SERRA, E., “Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal”, *supra cit.*, pág. 948.

¹¹ PERULERO, D., “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.

ma la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad –como forma de reparación simbólica–, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo¹².

La justicia restaurativa se plantea como un sistema complementario al de la Justicia procesal, y recupera a la víctima como sujeto con necesidades más allá de la económica o reivindicativa, sin dejar de lado la posibilidad de la reparación económica.

A partir de la modificación del Código Penal en 2015 que ha incluido entre los motivos de suspensión el cumplimiento del acuerdo de mediación en el artículo 84.1.1º.

Por su parte, en la Ley del Estatuto de la víctima se describen los requisitos que han de cumplir los servicios de justicia restaurativa, cuya finalidad es “obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito”.

Las evidencias desarrolladas en el Programa de Mediación Judicial de la Universidad Carlos III apuntan a una mayor satisfacción de las víctimas respecto de las víctimas no usuarias del servicio, y un mayor nivel de cobro de indemnizaciones¹³.

Su desarrollo real en el territorio nacional y su eficacia están por ver en los próximos años¹⁴, una vez establecida en la Directiva de 2012 la obligación de los Estados de facilitar el acceso y desarrollar programas en este marco, que pasará necesariamente por realizar una inversión económica que garantice estos servicios, su calidad y la formación de los operadores jurídicos.

1.2.1.3. El sistema procesal penal

Según el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *“De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”*.

El sistema español, como bien señala ARNÁIZ SERRANO, establece el ejercicio conjunto de las acciones civiles y penales desde 1872: “El ejercicio conjunto de la acción civil a la penal en el procedimiento de esta naturaleza constituye un supuesto de

¹² Vid. PERULERO, “Hacia un modelo de justicia restaurativa: mediación penal”, en SOLETO MUÑOZ codir., *Sobre la mediación penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Navarra: Aranzadi, 2012.

¹³ El programa de Mediación Intrajudicial en la Universidad Carlos III, dirigido por SOLETO MUÑOZ, realiza mediaciones derivadas por los juzgados en asuntos civiles, familiares y penales en los partidos judiciales de Getafe y Leganés desde el año 2009.

¹⁴ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “Development and resistance in south Europe Justice systems to restorative justice”, en *Contemporary tendencies in Mediation* (Dalla Bernardina y Loss coords.), Madrid, Dykinson, 2015, y SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como medio complementario a la justicia tradicional”, en *Sobre la mediación penal*, GARCÍANDÍA y SOLETO dirs., 2012, Pamplona, Aranzadi.

acumulación heterogénea de acciones, contemplado por vez primera en nuestro ordenamiento procesal ya por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por RD de 22 de diciembre de 1872”¹⁵.

La acción civil se ejercitará, de acuerdo con el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en todo caso por el Ministerio Fiscal, salvo que se renunciara a ella o se reservara: “*La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.*”

La especial situación de la víctima en el proceso español, en el que puede ser parte acusadora, derecho “tutelado”, como señala DE HOYOS SANCHO¹⁶, trae su justificación según la doctrina en el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷. De hecho, la doctrina procesalista española ha defendido la superioridad y excelencia del sistema español, en el que la víctima puede ser participante activa y es objeto de indemnización en el propio proceso penal, así, GÓMEZ COLOMER considera que la regulación española es especialmente ventajosa y que “la posición jurídica de la víctima en España es ideal”, precisamente por la posibilidad de ser parte acusadora¹⁸.

En otros países europeos la dinámica indemnizatoria no vincula a la víctima con el proceso de forma tan fuerte como la española, incluso se evita o se desvincula la actividad de la víctima con el proceso. DE HOYOS SANCHO apunta acertadamente que la Directiva de 2012 no obliga a los países a la entrada de la víctima como acusador, dada la heterogeneidad en los planteamientos nacionales¹⁹.

Así, por ejemplo, en Suecia la compensación se puede solicitar utilizando un formulario sin la participación de abogado, y en Países Bajos la solicitud de compensación se prepara por los servicios de atención a la víctima, que mantienen a ésta informada durante el procedimiento penal²⁰.

Teóricamente, la construcción española es positiva porque prima facie parece dar más oportunidades a las víctimas que otros sistemas, sin embargo, veremos en los apar-

¹⁵ ARNÁIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, ob. cit., pág. 32. Se refiere la misma autora a los antecedentes ideológicos de este precepto: “En el primero de los Proyectos de Código procesal criminal, que fue redactado por las Cortes de Riego en 1821, se contemplaba ya la posibilidad del ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Si bien este Proyecto no vio la luz en las siguientes etapas de gobierno progresista, ni tampoco sirvió de base a ningún otro, en él se encuentra la primera de las previsiones legislativas de esta institución”.

¹⁶ DE HOYOS SANCHO, *El ejercicio de la acción penal por la víctima*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pág. 217.

¹⁷ Idem, pág. 201 y ss; GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pág. 233.

¹⁸ Idem. Pág. 245. También señala que es ideal respecto a Estados Unidos de América, Alemania e Italia, y que en todo caso no es perfecta.

¹⁹ DE HOYOS SANCHO, *El ejercicio de la acción...*, cit., pág. 207.

²⁰ Non-criminal remedies for crime victims, CoE, 2009.

tados posteriores que la práctica de la acción civil en el proceso penal resulta en muchas ocasiones ineficaz²¹.

1.2.1.4. El estatuto de la víctima

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo ha sido traspuesta en España por la Ley 4/2015 de Estatuto de la víctima del delito, que además de tener un contenido estructurado del estatuto introdujo modificaciones en la Ley del Enjuiciamiento Criminal (LECrim)²².

En lo que toca a la reparación de las víctimas, la ley española afecta a la definición y legitimación de las víctimas, modificando e introduciendo una serie de artículos a la LECrim además de regulando los derechos de la víctima en la propia Ley.

El Estatuto de la víctima española regula principalmente los derechos de información y protección a la víctima, antes y durante el proceso, y, en lo que toca a la reparación en sí se hacen referencias en el artículo relativo a la justicia restaurativa y a los afectados de la ley de Enjuiciamiento Criminal. Como visión general, en la Exposición de Motivos del Estatuto se afirma que “el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral”.

En el artículo 16 de la Directiva se afirma el derecho a obtener una resolución sobre indemnización a cargo del infractor, cuestión ya cumplida en el sistema procesal español, sin embargo, la segunda parte del artículo se refiere a la eficacia del sistema, cuestión como veremos, aún pendiente:

Artículo 16: Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal.

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial.

²¹ Señala ARNÁIZ SERRANO, A., *Las partes civiles...*, cit., que no debe olvidarse que la reparación económica de la víctima en nuestro modelo, como en otros muchos de nuestro entorno, se condiciona al éxito de la pretensión punitiva, desconociendo que el modelo procesal penal articulado sobre la presunción de inocencia puede finalizar con sentencia absolutoria por imposibilidad de generar prueba de cargo suficiente, lo que genera dos consecuencias muy perversas: la primera el peregrinaje jurisdiccional del perjudicado para obtener si quiera la reparación económica, y, de otro lado, la falta de reconocimiento de su condición de víctima, lo que le impide otro tipo de “reparaciones” no estrictamente económicas

²² Desde un punto de vista estructural, el Estatuto tiene un esquema muy parecido a la Directiva 2012/29/UE, distinguiendo cuatro bloques principales: disposiciones generales (incluyendo la definición de víctima), derechos relativos a la información y el apoyo, derechos procesales y protección.

2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

1.2.2. La reparación a la víctima por el Estado

Además de la reparación a la víctima por el causante del daño, elemento consustancial al castigo en las sociedades, en los países más avanzados se establece un sistema en el que el Estado sería el indemnizador, funcionando como mecanismo de corrección de un sistema culpable ineficaz, que en el caso español serían calificadas como “ayudas”.

En la normativa del Consejo de Europa se establece el principio de subsidiariedad de los Estados en la indemnización a las víctimas tanto en la Convención 116 sobre Compensación a víctimas de crímenes violentos de 1983, en su artículo 2²³, como en el artículo 8 de la Recomendación Rec(2006)8 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre asistencia a víctimas de delitos²⁴, y, por su parte, la Unión Europea exige, de acuerdo con la Directiva de 2004 y 2012 citadas, una reparación eficaz a la víctima. En este sentido, veremos cómo el estudio desarrollado permite si quiera inci-

²³ COE Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 (BOE de 29 diciembre de 2001), Artículo 2: “1. Cuando la indemnización no pueda hacerse enteramente efectiva en otras fuentes, el Estado deberá contribuir a indemnizar: a) A las personas que hubieran sufrido lesiones graves o daños en su salud como resultado directo de un delito intencional de violencia, b) a las personas que estuvieran a cargo de la persona fallecida como consecuencia de un delito de esa clase. 2. La indemnización prevista en el apartado precedente se concederá incluso si el autor no puede ser perseguido o castigado.”

²⁴ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8 Of The Committee Of Ministers To Member States On Assistance To Crime Victims (Adopted By The Committee Of Ministers On 14 June 2006 At The 967th Meeting Of The Ministers' Deputies). “Art. 8. State compensation:

Beneficiaries

8.1. Compensation should be provided by the state for: – victims of serious, intentional, violent crimes, including sexual violence; – the immediate family and dependants of victims who have died as a result of such crime.

Compensation scheme

8.2. States should adopt a compensation scheme for the victims of crimes committed on their territory, irrespective of the victim's nationality.

8.3. The compensation awarded to victims should be based on the principle of social solidarity.

8.4. The compensation should be granted without undue delay, at a fair and appropriate level.

8.5. Since many persons are victimised in European states other than their own, states are encouraged to cooperate to enable victims to claim compensation from the state in which the crime occurred by applying to a competent agency in their own country.

Damages requiring compensation

8.6. Compensation should be provided for treatment and rehabilitation for physical and psychological injuries.

8.7. States should consider compensation for loss of income, funeral expenses and loss of maintenance for dependants. States may also consider compensation for pain and suffering.

8.8. States may consider means to compensate damage resulting from crimes against property.

Subsidiarity

8.9. State compensation should be awarded to the extent that the damage is not covered by other sources such as the offender, insurance or state funded health and social provisions.”

pientemente diagnosticar como ineficaz el modelo procesal penal español, en la medida en que el procedimiento de ejecución de la responsabilidad civil ex delicto.

El legislador español reguló la posibilidad de asunción por el Estado de indemnizaciones a víctimas de delito a partir de la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, siendo seguida de la normativa específica para víctimas de terrorismo, que ya en algunos casos recibían compensación vía Presupuestos Generales²⁵.

La regulación de 1995 tiene su origen en el Convenio 116 de 1983, que formalmente entró en vigor en España en 2002, sin embargo se encuentran antecedentes en España al sistema actual de compensación pública, eso sí, no aplicados, como apunta MARTÍN RÍOS, en 1848 y en 1928: “El art. 123 del CP de 1848 ordenaba que “una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado de un delito o falta cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnización”. La ansiada ley nunca dejó de ser una simple expectativa, desapareciendo toda esperanza de su inclusión con la promulgación del posterior CP de 1870, que obvió cualquier referencia a la misma. Avanzando el tiempo, no es hasta el CP de 1928 que de nuevo –en su art. 183– se prevé la creación de un fondo que resarza a las víctimas del error judicial y a aquellos que queden insatisfechos por la insolvencia del declarado responsable civilmente de ellos”²⁶.

El sistema establecido en la ley de 1995 exige resolución judicial firme bien declarando la condena y la indemnización a la víctima o bien el archivo o el sobreseimiento libre²⁷: el modelo español supone que el agresor se responsabiliza del pago de la indemnización, y que si esto no funciona, el Estado se hace cargo del pago de una cuantía nunca superior a la indemnización recogida en la condena²⁸.

²⁵ En el ámbito de la víctima de terrorismo, GARRIDO MAYOL, V., “La reparación a las víctimas del Terrorismo: de la responsabilidad a la solidaridad”, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, CATALÀ I BAS dir., Valencia: Universidad de Valencia, 2013, pág. 124 y ss., señala que ya desde 1977 se estableció un régimen especial de pensiones a favor de militares y a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (Ley 33/1987 o 4/1990) se compensaba a las víctimas de atentados terroristas. A nivel normativo general la regulación se produce posteriormente: la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, y la 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, que coexisten con modificaciones con normativas específicas de las CCAA.

²⁶ MARTÍN RÍOS, M.P., La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español, en *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* Vol II, n.3, Septiembre-diciembre 2008.

²⁷ En el artículo 9.2 de la Ley 35/1995 se señala que entre la documentación a aportar por el solicitante se encuentra: e) “Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2.º ó 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.”

²⁸ Señala GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Universidad de Sevilla, Tesis Doctoral, 2015, pág. 461, que su naturaleza es de ayuda pública, inspirado en el principio de solidaridad, como se afirma en la STS 1579/1997, de 19 de diciembre, FJ6º.

En el ámbito del derecho comparado encontramos mecanismos de reparación directa por el Estado mucho más adecuados: en Francia se puede producir indemnización sin necesidad de siquiera que sea identificado el agresor, y a partir de la simple denuncia a la policía del acto, de los daños por delito terrorista y en general de los daños por delito, otorgada por las comisiones de indemnización a las víctimas²⁹.

Ha de tenerse en cuenta que ya se incluyó en el Plan de trabajo del Consejo de la UE para reforzar los derechos y la protección de las víctimas en los procesos penales (2011/C-187/01) aprobado el 10 de junio de 2011 la propuesta de revisar la Directiva 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos con el fin de simplificar los procedimientos en vigor para la solicitud de las indemnizaciones³⁰.

Es curioso observar en el informe de aplicación de la Directiva 2004/80 el reflejo de un número muy bajo de solicitudes, y que la ratio de éxito de las solicitudes es de sólo un 10%. Se señala además en el informe que los Estados deben recoger datos para valorar mejor la eficacia de la Directiva³¹.

La realidad de la aplicación de la ley del 95 es muy limitada, y como vemos el número de beneficiarios e indemnizaciones es en la práctica muy baja, que podríamos incluso calificar de anecdótico.

Por ejemplo, en el año 2015, según los datos del Ministerio de Administraciones Públicas, se han concedido 14 ayudas por Incapacidad, 43 por invalidez, 9 por "Gastos Terapéuticos", en las que se recogen las ayudas a las víctimas de delitos sexuales, 156 ayudas por fallecimiento y 6 para gastos funerarios.

Estas ayudas o indemnizaciones son muy pocas, y contrastan con los miles de delitos que se producen en el país.

²⁹ Non-criminal remedies for crime victims, CoE, 2009, pág. 48, donde también se hace referencia al caso Austríaco y al español únicamente en terrorismo. "The Group would like to highlight the French example of the "commissions for the compensation of victims of crime" (Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions – CIVI), which are entrusted with the task of granting compensation to victims of crime who have suffered personal injury. The compensation mechanism is fully autonomous as it is based on the proof of the materiality of the offence and functions notwithstanding any criminal proceedings or any identification of the perpetrator. The compensation granted by the CIVI is paid to the victim by the "guarantee fund for victims of terrorism or victims of other crimes" (Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme ou d'autres infractions – FGTI), which is financed from insurance premiums, and is subrogated in the victim's rights (it will thus be entitled to obtain reimbursement of the compensation paid from the perpetrator or anyone liable for the damage)."

³⁰ Medida D del Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales aprobado por Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011, (2011/C 187/01). GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., *Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de Justicia Penal*, Boletín del Ministerio de justicia, enero de 2015, pág. 11 señala que la causa de ello es que en las conclusiones del informe sobre su aplicación en los Estados miembros se invita a la Comisión a que la revise con este fin.

³¹ Report From The Commission To The Council, The European Parliament And The European Economic And Social Committee on the application of Council Directive 2004/80/EC relating to compensation to crime victims [SEC(2009) 495].

La ineficacia de este sistema está por analizar, pero entre las posibles causas de la ineficacia de la normativa de reparación por el Estado se puede encontrar una información insuficiente para las víctimas, brevedad del plazo establecido o complejidad procedimental, insuficiencia o inadecuación de oficinas de atención a las víctimas, inexistencia de protocolos de atención a las víctimas, entre otras, obstáculos que habrán de ser identificados y removidos con el fin de ofrecer una reparación mínima a la víctima, objeto de protección de nuestra normativa –aunque no de nuestra práctica–.

Probablemente la mejora del mecanismo de compensación a la víctima por el Estado sea la estrategia más eficaz para la protección a la víctima, ante las enormes dificultades que plantea el tradicional pago por el condenado, como se recoge en el apartado siguiente³².

2. DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO DE CAMPO

La calidad de la justicia penal es evaluada por numerosas instituciones nacionales e internacionales. Destaca por la calidad de los datos y la profundidad de sus estudios los de la Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa.

Las mediciones de calidad de la justicia en general abordan cuestiones relativas al presupuesto, cualificación e independencia de la judicatura, duración de los procesos y eficacia de las resoluciones.

En lo que toca a la justicia penal, los estudios del CEPEJ y los de la Unión Europea, basados en datos del CEPEJ y otras entidades, se limitan al volumen de asuntos por fiscal, relación entre delitos graves e infracciones menores, ritmo de liquidación de asuntos, duración de los pleitos, pago de multas e indemnizaciones y situación específica en relación con delitos de robo y homicidio, además de tasa de apelaciones y mediación³³. Mientras que los datos sobre justicia civil, laboral o administrativa son amplios, en el ámbito penal los datos son muy escasos³⁴. La misma situación se refleja

³² El propio Consejo de Europa considera este mecanismo como el más adecuado. Vid. Non-criminal... pág. 48.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., *La protección jurídica...*, ob. cit., pág. 573, apunta que “dado que a menudo será imposible en la práctica hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito, como consecuencia e la declaración de insolvencia del obligado al pago, es conveniente que esa información a las víctimas sobre su derecho a la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, se complete en su caso con la información sobre las ayudas económicas previstas en la Ley 35/95...”

³³ Se refiere el informe del CEPEJ a una media de tramitación de un proceso por delito grave de 195 días y de 133 para delitos menos graves. Vid. European judicial systems: efficiency and quality of justice, Estudio del Cepej 23 año 2016, pág. 238. Es curioso el dato reflejado en la página 237: la mediación penal se ha incrementado en España en un 261% entre los años 2012 y 2014.

³⁴ European judicial systems: efficiency and quality of justice, Estudio del Cepej 23 año 2016, págs.. 217 a 238. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>

en el estudio específico del CEPEJ sobre ejecución, que cuenta con datos sobre carga de trabajo, duración, e intentan abordar la eficacia de la ejecución sin resultados sobre las cuestiones económicas³⁵.

Los datos de la Fiscalía y el Consejo General del Poder Judicial sobre eficacia de las resoluciones son también inexistentes: en la Memoria del CGPJ de 2016 se reflejan únicamente las cifras relativas a la cantidad de ejecutorias por tipo de órgano, y en la Memoria de la Fiscalía de 2016 se hace referencia únicamente al número de sentencias.³⁶

Entendemos que la evolución histórico jurídica de los diferentes países obliga a trabajar la calidad de la justicia a sus Estados de forma diferentes, esto es, en una primera fase de democracia, las exigencias básicas de independencia económica, política y profesionalización de los jueces cobrarán protagonismo y todos los esfuerzos posibles, procurándose al mismo tiempo una normativa de calidad y una regulación procesal adecuada. En fases de mayor desarrollo jurídico y social, la calidad de la justicia pasará por ofrecer un sistema fiable, accesible, garantista, independiente, rápido y sin errores.

Evidentemente, la situación de la víctima en el proceso penal ha de ser un elemento básico de medición y estudio para poder garantizar una efectiva protección.

2.1. Contextualización del estudio

La eficacia y la eficiencia de la Justicia son ámbitos de estudio del Derecho con cada vez mayor trascendencia: la regulación más o menos perfecta de las relaciones jurídicas y la solución de conflictos ha detentado el interés de los legisladores, prácticos y doctrina durante siglos, y, desde hace unos años, una vez aproximados normativamente

³⁵ El estudio del CEPEJ sobre ejecución, indicador de la calidad de la justicia, se centra en los plazos de resolución y en la efectividad del pago de multas e indemnizaciones. Se refiere a que sólo 14 de 40 Estados tienen un mecanismo para evaluar la eficacia de sus sistemas para el cobro de multas, y apunta que los datos sobre pago son recopilados por una institución de investigación estadística (Estonia, Suecia, Reino Unido-Inglatera y Gales) o por una institución especializada en tasas de ejecución penal (Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos). En Alemania y Suecia habría estudios ocasionales y encuestas. En lo que concierne al pago de indemnizaciones, 35 de 41 países señalan no realizar estudios sobre el pago efectivo. Solamente Francia, Malta, Noruega y Reino Unido-Inglatera/Gales hacen estudios sobre ambas cuestiones. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, CEPEJ, 2007, Pág. 76 y ss.

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf

³⁶ En la Memoria del CGPJ 2016, pág. 516 y ss. se recogen cifras en torno a 378.000 ejecutorias ingresadas, medio millón de ejecutorias resueltas y unas 400.000 pendientes.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2016--correspondiente-al-ejercicio-2015->

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016 se refleja un número de unas 360.000 condenas para el año anterior. Vid. apdo. 1.1.10.2 Sentencias https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html

a un diseño garantista de Justicia, se produce un interés sobre la aplicación práctica, real, de lo regulado.

Esta investigación se ha centrado en el ámbito penal, y, concretamente, en la reparación a la víctima, intentando medirse el grado de eficacia de la reparación económica a favor de los perjudicados recogida en la sentencia condenatoria.

El proyecto “La eficacia de la reparación de la víctima en el proceso penal” se desarrolla en el marco de los Trabajos Fin de Grado de la Universidad Carlos III de Madrid de estudiantes del último curso de estudios conjuntos de Derecho y Administración de Empresa. Para los estudiantes, tiene una carga lectiva de 18 créditos, que equivale a tres asignaturas cuatrimestrales. Durante el curso 2015/16, el Trabajo Fin de Grado (TFG) ha sido tutorado por dos profesoras de Derecho Procesal, Rosa Gómez de Liaño y Helena Soletto, y dos profesoras de Estadística, Aurea Grané y Ana Arribas, y durante el curso 2016/2017 por las mismas profesoras de Derecho Procesal y la profesora Aurea Grané de Estadística.

El objetivo del proyecto es evaluar la eficacia de la reparación a la víctima. Para la parte de Derecho, los estudiantes deben abordar la reparación a la víctima de forma genérica y específica respecto a temas concretos, mientras que el trabajo estadístico consiste en la construcción de una base de datos y en el análisis y extracción de resultados, desarrollando en conjunto un trabajo interrelacionado entre las dos materias que estudian la eficacia de la justicia.

Helena Soletto y Aurea Grané son responsables del diseño de la base de datos, mientras que el diseño muestral, es decir, el cálculo de los tamaños y cupos requeridos para lograr una máxima representatividad de la muestra, así como la selección aleatoria de expedientes a analizar, ha ido a cargo de las profesoras de Estadística. La recogida de datos se ha realizado en todas las jurisdicciones para la ejecución de causas de la Comunidad de Madrid además de en la Audiencia Provincial de Madrid. En ella han participado 63 alumnos de sexto curso del grado en Derecho-Administración de Empresas de la Universidad Carlos III de Madrid.

Los resultados obtenidos en el primer año han servido para orientar la recogida de datos y la profundización de las causas de la ineficacia de la reparación a través de la indemnización en el segundo año. Hemos obtenido así resultados del que llamaremos primer estudio, realizado en el curso 2015/2016 y del que llamaremos segundo estudio, en el curso 2016/2017.

Agradecemos la colaboración del Consejo General del Poder Judicial por facilitarnos el acceso a la recogida de datos y, además, muy especialmente, queremos manifestar nuestro agradecimiento a los Letrados de la Administración de Justicia, y a los Jueces y Magistrados que han aceptado participar en este proyecto, así como al personal de los Juzgados por su apoyo, y al buen hacer de los alumnos colaboradores.

2.2. Sobre el objetivo de la investigación

2.2.1. *Objetivos del primer estudio*

La tesis inicial es que la indemnización recogida en la sentencia no se suele cobrar por la víctima.

El objetivo principal es comprobar si esta tesis se confirma.

El objetivo secundario sería identificar factores que puedan influir en la eficacia, y se sustentan en las siguientes tesis secundarias:

- El plazo entre la comisión del delito y la ejecución de la sentencia, concretamente el pago de la indemnización, es muy largo.
- Cuando la cuantía de pena privativa de libertad sea de 2 años o menos debería haber una mayor posibilidad de cobro de indemnización que cuando no hay pena privativa de libertad o que cuando la pena es superior a 2 años, pues el incentivo para el pago es muy alto: si se paga, la pena se suspende y el sujeto no entra en prisión.
- Cuando hay conformidad debería haber mayor probabilidad de cobro, sobre todo cuando la reducción de la pena permite la suspensión de la pena privativa de libertad.
- La acusación particular puede variar la producción de conformidad: debería haber un comportamiento diferente en las conformidades al introducir otro decisor.
- Cuando hay acusación particular la cuantía de la indemnización debería ser mayor. Parece que la participación de un profesional cuyo objetivo único sea la protección de los intereses de la víctima debería influir en el resultado del juicio, y que por lo tanto la indemnización sea mayor.
- Cuando hay acusación particular la cuantía de la indemnización cobrada debería ser mayor. Al igual que con la tesis anterior, el trabajo de un profesional centrado en la cuestión debería provocar una percepción de indemnización más alta.
- Los Juzgados de la periferia deberían obtener mejores resultados en la ejecución que los Juzgados de Madrid capital especializados en ejecución dado que sufren una sobrecarga mejor.

2.2.2. *Objetivos del segundo estudio*

El objetivo del proyecto sería, al igual que el primero, valorar la eficacia de la reparación a la víctima, incluyendo factores que puedan arrojar luz sobre las circunstancias que consideramos que pueden ser decisivas para la eficacia o ineficacia.

A los objetivos y tesis del primer estudio, se suman el segundo año algunos objetivos específicos basados en los datos obtenidos. Así, por ejemplo, se evidencia la necesidad de profundizar en plazos y actividades realizadas en fase de instrucción y enjuiciamiento, por su probable incidencia en la eficacia de la ejecución. Las tesis de que se parten son las siguientes:

- No se adoptan medidas cautelares reales en la instrucción de la causa.
- La Administración Pública consigue una mayor eficacia de pago de indemnización cuando es la víctima. Consideramos que esta circunstancia se va a producir porque tiene acceso directo a los datos fiscales de los sujetos y capacidad ejecutiva.
- En los casos en los que se paga la indemnización completa, probablemente existe responsable civil subsidiario, probablemente una aseguradora.
- La indemnización se suele mantener en la sentencia de apelación.

Además, se pretende obtener más información sobre el perfil del acusado; sexo, nacionalidad y edad, y, en relación con las personas jurídicas, su naturaleza. En relación con la víctima, los mismos datos se recabarían.

También se desea estudiar mejor la concurrencia de responsables civiles subsidiarios, la relación de solidaridad o subsidiariedad entre los condenados, cuál de ellos suele realizar el pago,

Se pretende recabar, además de la indemnización, la cuantía de la pena privativa, la pena pecuniaria, y su pago en su caso, y otras circunstancias.

Por último, se intenta observar el discurrir temporal del proceso en relación con la indemnización, desde la comisión del ilícito hasta el pago completo al archivo o la insolvencia.

2.3. Sobre la población objetivo de estudio

Madrid: población y organización

Según las cifras oficiales de población proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística, a fecha 1 de enero de 2011, la población de la Comunidad de Madrid ascendía a 6.489.680 de habitantes, siendo la comunidad autónoma más densamente poblada de España, con 808 habitantes por km², y ocupando el segundo lugar (después del País Vasco) en PIB por habitante, con 29.385 €.

La Comunidad de Madrid se divide en 21 partidos judiciales, como se muestra en la Ilustración 1.

Los anteriores partidos judiciales se agrupan en cuatro jurisdicciones para la ejecución de las causas: Alcalá, Getafe, Madrid y Móstoles. En la Tabla 1 se muestra el reparto

Alcalá de Henares – P. J. 4

Alcobendas – P. J. 5

Alcorcón – P. J. 17

Aranjuez – P. J. 8

Arganda del Rey – P. J. 14

Collado Villalba – P. J. 15

Colmenar Viejo – P. J. 19

Coslada – P. J. 13

Fuenlabrada – P. J. 18

Getafe – P. J. 10

Leganés – P. J. 9

Madrid – P. J. 11

Majadahonda – P. J. 12

Móstoles – P. J. 6

Navalcarnero – P. J. 3

Parla – P. J. 16

Pozuelo de Alarcón – P. J. 21

San Lorenzo de El Escorial – P. J. 7

Torrejón de Ardoz – P. J. 2

Torrelaguna – P. J. 1

Valdemoro – P. J. 20



Ilustración 1. Mapa de Partidos Judiciales de la Comunidad de Madrid.

Jurisdicción/ juzgado de ejecución	Partido judicial	Número de habitantes	Porcentaje
Alcalá	Alcalá de Henares	240919	3,7%
	Arganda del Rey	190500	2,9%
	Coslada	167711	2,6%
	Torrejón de Ardoz	198152	3,1%
Getafe	Aranjuez	69182	1,1%
	Getafe	170115	2,6%
	Leganés	186552	2,9%
	Parla	167638	2,6%
	Valdemoro	129894	2,0%
Madrid	Alcobendas	218250	3,4%
	Collado Villalba	162908	2,5%
	Colmenar Viejo	149297	2,3%
	Madrid	3265038	50,3%
	Majadahonda	159227	2,5%
	Pozuelo de Alarcón	82916	1,3%
	San Lorenzo de El Escorial	82747	1,3%
	Torrelaguna	29708	0,5%
Móstoles	Alcorcón	168523	2,6%
	Fuenlabrada	217334	3,3%
	Móstoles	308654	4,8%
	Navalcarnero	124415	1,9%
Población total Comunidad de Madrid		6489680	100,0%

Tabla 1. Reparto de población (en número de habitantes) en los partidos judiciales de la Comunidad de Madrid.

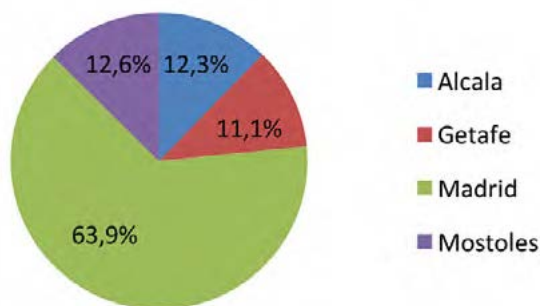


Ilustración 2. Porcentaje de población en las cuatro jurisdicciones para la ejecución de causas en la Comunidad de Madrid.

de población en los distintos partidos judiciales de la Comunidad de Madrid, donde se aprecia que el partido judicial al que le corresponden más habitantes es Madrid, con el 50,3% de la población, seguido del partido judicial de Móstoles y Alcalá de Henares con el 4,8% y el 3,7%, respectivamente. Por otro lado, el partido judicial de Torrelaguna solamente atiende al 0,5% de la población de la Comunidad de Madrid.

La Ilustración 2 muestra el reparto de población en las cuatro jurisdicciones para la ejecución de las causas. Se observa que los juzgados de Madrid capital absorben el 63,9% de la población de la Comunidad, le siguen los juzgados de Móstoles con el 12,6%, los juzgados de Alcalá con el 12,3% y finalmente los juzgados de Getafe con el 11,1%.

La población objetivo del primer estudio

Para este estudio, la población objetivo han sido todos los expedientes de ejecutorias de 2012 de la Comunidad de Madrid, excluyendo los delitos de tráfico, violencia de género y en los que el perjudicado/ofendido sea el Estado o autoridad pública y no el ciudadano como víctima.

El objetivo del proyecto es valorar la reparación a la víctima común, al ciudadano persona física y jurídica, excluyendo a las Administraciones Públicas. La exclusión de la violencia de género se consideró por razones de especial sensibilidad de la materia y la dificultad añadida en la ejecución por los elementos relacionales entre víctima y condenado.

La población objetivo consta de 7958 expedientes de ejecutorias provenientes de los Juzgados de lo Penal más 462 expedientes provenientes de la Audiencia Provincial de Madrid.

La población objetivo del segundo estudio

Tras la experiencia obtenida en el primer estudio, y con la conclusión de que los resultados de la eficacia ejecutiva del pronunciamiento sobre indemnización no es dife-

rente entre los distintos Juzgados de la periferia, se decidió restringir la toma de datos a los Juzgados especializados de Plaza Castilla y los de Getafe, por una parte, y a las secciones de la Audiencia Provincial, por otra. De manera que, la población objetivo del segundo estudio han sido los expedientes de ejecutorias de 2014 en los Juzgados de lo Penal de Madrid y los expedientes de ejecutorias del período 2013-2015 en la Audiencia Provincial de Madrid. En este segundo estudio, se ha querido ampliar, en cuanto al perfil de la víctima, a los delitos en los que la víctima es la Administración Pública, con el fin de comprobar la tesis de que la Hacienda Pública obtiene mejores resultados en la ejecución que el sistema de Justicia. Se ha intentado excluir los delitos de violencia de género por las mismas razones señaladas.

La población objetivo para el segundo estudio se estima en unos 8420 asuntos³⁷ provenientes de los Juzgados de lo Penal de Madrid y de Getafe más 450 expedientes provenientes de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los delitos excluidos han sido los siguientes:

- Maltrato familiar
- Abandono de familia
- Delitos contra la hacienda pública, Seg. Social, etc.
- Contra la Seguridad Social
- Conducción alcohólica
- Negativa a realizar las pruebas de alcoholemia
- Conducción temeraria
- Riesgos para la circulación
- Contra la seguridad del tráfico/ contra la seguridad vial
- Falsificación de documentos públicos
- Falsificación de documento público oficial o mercantil por funcionario
- Falsificación de documento público oficial o mercantil por particular
- Simulación de delito
- Falso testimonio
- Quebrantamiento de condena
- Atentado
- Resistencia
- Desobediencia
- Desórdenes públicos
- Tenencia de armas
- Tenencia de armas sin licencia o permiso

³⁷ La población objetivo ha sido estimada a partir de la información del sistema LIBRA, excluyendo los delitos contra la seguridad vial y violencia de género.

2.4. Sobre la selección y representatividad de la muestra

En el primer estudio

Una vez tenidas en cuenta las circunstancias para el abordaje de los expedientes se concluyó que la mejor forma para seleccionar la muestra de expedientes a estudiar sería realizar un muestreo por conglomerados, siendo los conglomerados cada uno de los partidos judiciales de la Comunidad de Madrid, más la Audiencia Provincial.

Los asuntos se seleccionaron aleatoriamente dentro de cada conglomerado, respetando la segmentación por tipo de delito. Inicialmente, los cupos muestrales se calcularon para que, con un nivel de confianza del 95% (y suponiendo normalidad) las muestras obtenidas por conglomerados fueran representativas para un error no superior al 4% (aprox.).

Sin embargo, a lo largo del estudio de campo, los estudiantes se han encontrado con distintas dificultades para obtener los expedientes concretos a analizar. En algunos casos les han sido entregados asuntos con una numeración diferente a la predeterminada, pero consideramos que ello no ha influido en los datos. En otros casos, por dificultades de acceso al archivo, se ha demorado la recogida de datos en varios días, sin que ello tenga influencia en los datos.

En la Tabla 2 e Ilustración 3-Ilustración 4 se muestran los cupos requeridos (para distintos errores de muestreo) y los cupos finalmente obtenidos. En ellos se observa que, las muestras conseguidas para el partido judicial de Madrid-Plaza de Castilla y para la Audiencia Provincial son representativas con un error de muestreo comprendido entre el 3% y el 4%. Sin embargo, para los partidos judiciales de Getafe y Alcalá de Henares el error de muestreo estaría alrededor del 5%, y sería aún mayor para el partido judicial de Móstoles. Una posible solución es considerar estos tres partidos de forma conjunta (en los tres casos son Juzgados de lo Penal y, por tanto, los expedientes

Partidos judiciales Comunidad de Madrid	Población objetivo	Muestra requerida (error 3%)	Muestra requerida (error 4%)	Muestra requerida (error 5%)	Muestra obtenida
Juzgados de lo Penal (todos)	7958	941	558	367	1217
Plaza de Castilla	4599	866	531	355	541
Getafe+Alcalá+Móstoles	3359	810	509	345	676
Getafe	1097	541	388	285	266
Alcalá de Henares	1134	550	393	287	267
Móstoles	1128	545	392	287	143
Audiencia Provincial	462	323	261	210	232

Tabla 2. Población objetivo del primer estudio, tamaño muestral requerido y muestra obtenida. Primer estudio.

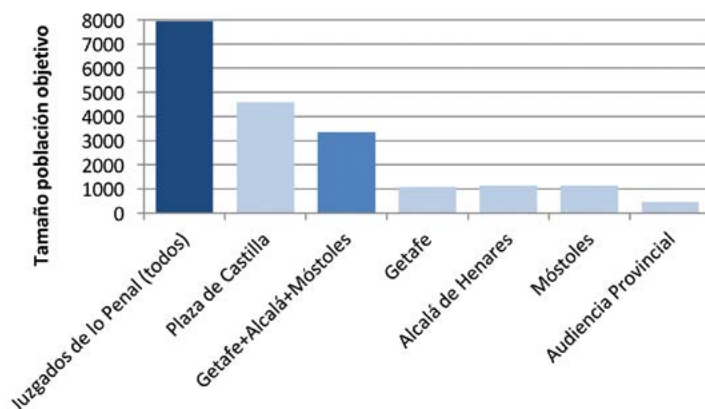


Ilustración 3. Población objetivo del primer estudio.

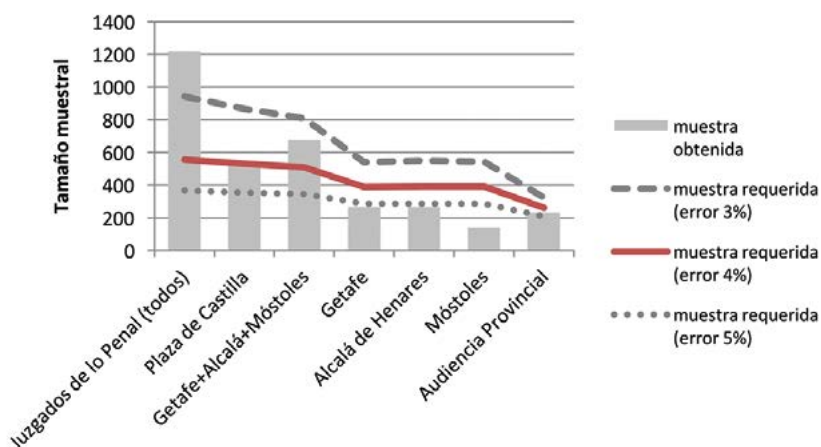


Ilustración 4. Tamaños muestrales requeridos y obtenidos. Primer estudio.

contienen los mismos tipos de delito), para conseguir una alta representatividad (error entre el 3% y el 4%). Finalmente, también puede observarse que la representatividad de la muestra conjunta de todos los Juzgados de lo Penal de la Comunidad de Madrid es muy alta, siendo el error de muestreo inferior al 2,5%.

En el segundo estudio

Tras la experiencia obtenida en el primer estudio, y con la conclusión de que los resultados de la eficacia ejecutiva del pronunciamiento sobre indemnización no es diferente entre los distintos Juzgados de la periferia, se decidió restringir la toma de datos a los Juzgados especializados de Plaza Castilla y los de Getafe, por una parte, y a las

Partidos judiciales	Población objetivo (*)	Muestra requerida (error 3%)	Muestra requerida (error 4%)	Muestra requerida (error 5%)	Muestra obtenida
Juzgados de lo Penal	8420	948	560	367	900
Getafe	1860	678	454	319	450
Plaza de Castilla	6560	918	550	363	450
Audiencia Provincial	414	299	245	200	414

(*) La población objetivo ha sido estimada a partir de la información del sistema LIBRA, excluyendo los delitos contra la seguridad vial y violencia de género.

Tabla 3. Población objetivo del segundo estudio, tamaño muestral requerido y muestra obtenida. Segundo estudio.

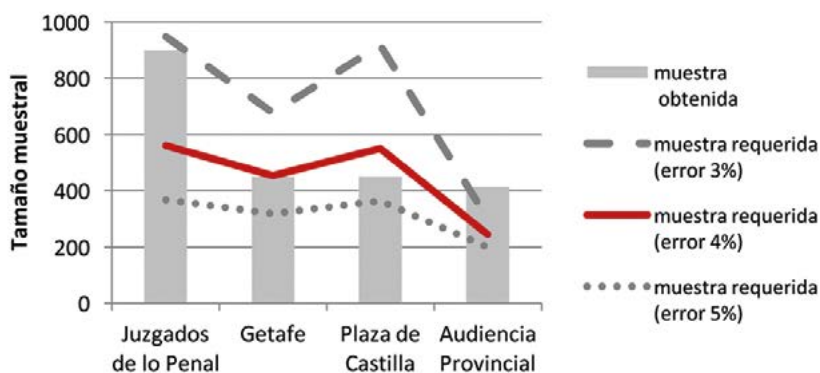


Ilustración 5. Tamaños muestrales requeridos y obtenidos. Segundo estudio.

secciones de la Audiencia Provincial, por otra. Además, en la Audiencia Provincial se realizó un muestreo exhaustivo para los expedientes del período 2013-2015.

En la Tabla 3 e Ilustración 5 se muestran los cupos requeridos (para distintos errores de muestreo) y los cupos finalmente obtenidos. Análogamente al primer estudio, para conseguir una alta representatividad de la muestra, se considerarán los partidos judiciales de Madrid-Plaza de Castilla y Getafe de forma conjunta. En la Audiencia Provincial se llevó a cabo un muestreo exhaustivo.

2.5. Sobre el estudio de campo

En el primer estudio

La base de datos consta de 1449 registros y se construyó a partir de la información contenida en los expedientes de ejecutorias del año 2012 de los distintos partidos

judiciales de Madrid, así como en la Audiencia Provincial de Madrid. En concreto, se recabó información en 29 de un total de 32 juzgados/secciones que podrían haber participado, esto es en el 90,6% de ellos (recordemos que el JP 32 se excluyó por ser de violencia de género, así como las secciones 5, 27 y 29 de la AP). Los Juzgados de lo Penal y secciones de la Audiencia Provincial que participaron en este estudio son:

Partidos judiciales (núm. de órgano que podrían haber participado)	Han participado en el estudio (% que representan)
Madrid-Plaza de Castilla (5 juzgados + 1 excluido)	Penal Nº 2, Penal Nº 4, Penal Nº 7, Penal Nº 28 (80%)
Alcalá de Henares (5 juzgados)	Penal Nº 1, Penal Nº 2, Penal Nº 3, Penal Nº 4, Penal Nº 5 (100%)
Getafe (5 juzgados)	Penal Nº 2, Penal Nº 4, Penal Nº 5 (60%)
Móstoles (6 juzgados)	Penal Nº 1, Penal Nº 2, Penal Nº 3, Penal Nº 4, Penal Nº 5, Penal Nº 6 (100%)
Audiencia Provincial (11 secciones)	Secciones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 15ª, 16ª, 17ª, 23ª, 30ª (100%)

Tabla 4. Órganos judiciales que participaron en el primer estudio.

Respecto a la información extraída de cada uno de los expedientes, la base de datos consta de 33 variables construidas a partir de la siguiente información:

Sobre el expediente:

- Número de ejecutoria
- Número de juzgado de ejecutoria
- Expediente (en trámite/archivo provisional/archivo provisional mejor fortuna/archivo definitivo)

Sobre el asunto y ejecución:

- Tipo de ilícito
- Tipo de procedimiento (faltas ordinario/faltas rápido/abreviado/juicio rápido/otros)
- Número de condenados y género
- Número de víctimas y género
- Pena privativa de libertad (sí /no)
- Otras penas (sí /no)
- Ejecución de la pena privativa (cumplida o en cumplimiento/ suspensión/ sustitución/ otras)

- Cantidad de la indemnización
- Cantidad pagada hasta la fecha
- Tipo de pago (único/ fraccionado)
- Declarado insolvente (sí/ no)

Factores de influencia en la reparación:

- Acusación particular (sí /no)
- Acusación popular (sí /no)
- Acusación pública (sí /no)
- Mediación (sí /no)
- Reparación intrajudicial (sí /no)
- Conformidad (sí/ no)

Fechas importantes a considerar:

- Comisión del ilícito
- Sentencia firme
- De ejecutoria
- De archivo

Una vez construida la base de datos, el análisis se centró en establecer comparativas en cuanto al cobro real de las indemnizaciones por parte de las víctimas en las distintas casuísticas (tipo de delito, conformidad o no, acusación particular o no, etc.), así como en determinar qué factores influyen en que en algunos casos se dicten indemnizaciones y en otros no.

La explotación de la base de datos ha sido mediante el programa estadístico SPSS y las técnicas usadas, tanto para el primer como segundo estudio, han sido las propias de la estadística descriptiva (descriptivos numéricos, tablas y gráficos), así como técnicas de inferencia estadística, tales como contrastes paramétricos (chi-cuadrado, t-Sudent) y contrastes no paramétricos (U de Mann-Whitney, Kruskal-Wallis).

En el segundo estudio

La base de datos del segundo estudio consta de un total de 1314 registros y se construyó a partir de la información contenida en los expedientes de ejecutorias del año 2014 en distintos órganos judiciales de la Comunidad Madrid. En concreto, se recabó información en seis juzgados de lo penal y diez las secciones de la Audiencia Provincial.

Partidos judiciales (núm. de órganos que podrían haber participado)	Han participado en el estudio (% que representan)
Madrid-Plaza de Castilla (5 juzgados +1 excluido)	Penal Nº 2, Penal Nº 4, Penal Nº 28 (60%)
Getafe (5 juzgados)	Penal Nº 2, Penal Nº 4, Penal Nº 5 (60%)
Audiencia Provincial (11 secciones)	Secciones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 16ª, 17ª, 23ª, 29ª (90,9%)

Tabla 5. Órganos judiciales que participaron en el segundo estudio.

Respecto a la información extraída de cada uno de los expedientes, la base de datos consta de 75 variables que contienen la siguiente información:

Sobre el expediente:

- Número de juzgado de ejecución
- NIG
- Número de ejecutoria
- Número de juzgado de enjuiciamiento
- Número de juzgado de instrucción
- Estado de expediente (en trámite/ archivo provisional/ archivo provisional mejor fortuna/ archivo definitivo)

Sobre el asunto y ejecución:

- Tipo de ilícito
- Tipo de procedimiento (faltas ordinario/ faltas rápido/ abreviado/ juicio rápido/ jurado popular)

Condenados

- Número de Varones condenados
- Número de Mujeres condenadas
- Número de Españoles condenados
- Número de personas condenadas menores de 25
- Número de personas condenadas de 25 a 39 años
- Número de personas condenadas de 40 a 64 años
- Número de personas condenadas de 65 o más años
- Número de Administraciones condenadas
- Número de Organismos públicos condenados

- Número de ONG condenadas
- Número de Asociaciones condenadas
- Número de Empresas condenadas
- Otros condenados

Víctimas

- Número de Varones víctimas
 - Número de Mujeres víctimas
 - Número de Españoles víctimas
 - Número de personas víctimas menores de 18 años
 - Número de personas víctimas de 18 a 25 años
 - Número de personas víctimas de 25 a 39 años
 - Número de personas víctimas de 40 a 64 años
 - Número de personas víctimas 65 o más años
 - Número de Administraciones víctimas
 - Número de Organismos públicos víctimas
 - Número de ONG víctimas
 - Número de Asociaciones víctimas
 - Número de Empresas víctimas
 - Otras víctimas
-
- Pena privativa de libertad (sí /no)
 - Duración privación de libertad
 - Pena pecuniaria
 - Otras penas (inhabilitación/ suspensión de empleo o cargo público/ privación de conducir vehículos/ privación derecho a residir o aproximarse/ privación armas/ localización permanente/ trabajos en beneficio de la comunidad/ otras)
 - Ejecución de la pena privativa (cumplida o en cumplimiento/ suspensión/ sustitución/ busca y captura/ otras)
 - Cantidad de la indemnización impuesta
 - Modificación indemnización (sí/no)
 - Indemnización solidaria (sí/no)
 - Responsable civil subsidiario (sí/no)
 - Cantidad de la indemnización percibida hasta la fecha
 - Tipo de pago (aún no se ha pagado/ único/ fraccionado)
 - Quién Paga (el condenado/ responsable civil subsidiario/ otro)
 - Insolvencia (todos se declaran insolventes/ alguno es solvente/ no se declara insolvente, pero se señala que no se encuentran bienes / aún por averiguar)
 - Medidas cautelares patrimoniales (sí/no)

- Cantidad cautelar real
- Medidas personales (sí/no)
- Cantidad fianza
- Oras reparaciones (sí/no)

Factores de influencia en la reparación:

- Acusación particular (sí /no)
- Acusación popular (sí /no)
- Acusación pública (sí /no)
- Mediación (sí /no)
- Reparación intrajudicial (sí /no)
- Cantidad depositada relativa a la reparación intrajudicial
- Conformidad (sí/ no)
- Fechas importantes a considerar:
- Comisión del ilícito
- Sentencia primera instancia
- Sentencia firme
- Inicio del expediente de ejecución
- Primer pago
- Último pago hasta la fecha
- Pago completo
- Prisión
- Prisión provisional
- Tercer grado
- Suspensión pena
- De archivo definitivo/provisional mejor fortuna
- Insolvencia
- Pago de la medida cautelar
- Pago de la fianza

3. PRINCIPALES HALLAZGOS

3.1. Estado de los expedientes

De acuerdo con los datos recogidos en octubre y noviembre de 2016, el 35,7% de los expedientes de ejecutorias de 2012 estaban archivados definitivamente. El 33,1% estaban en archivo provisional, el 26,1% seguían en trámite y un 5,2% estaban en archivo provisional mejor fortuna. Véase la Ilustración 6.

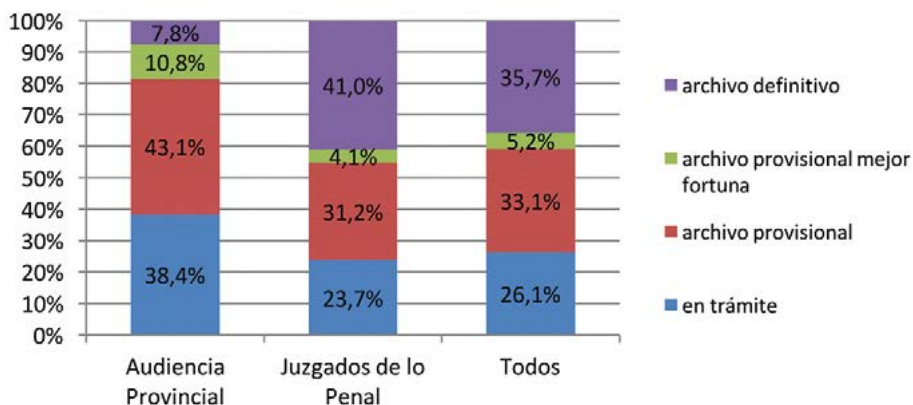


Ilustración 6. Estado de los expedientes de ejecutorias de 2012.

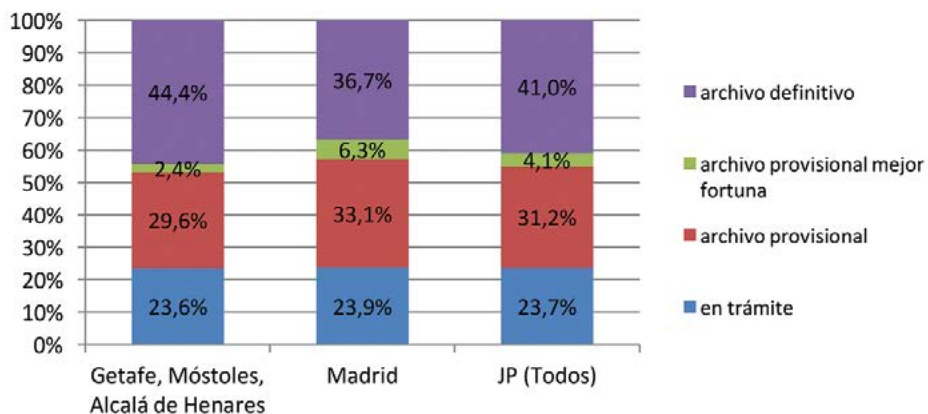


Ilustración 7. Estado de los expedientes de ejecutorias de 2012. Juzgados de lo Penal.

Los datos que figuran en LIBRA son algo diferentes: el 57,4% de los expedientes constan como terminados, el 37,6% en trámite y el 5,1% se encuentran suspendidos, lo que apunta la situación ya conocida de que LIBRA no refleja adecuadamente la situación procesal de los asuntos.

Los resultados del segundo estudio, recogidos en octubre y noviembre de 2017, reflejan que el 41,1% de ejecutorias de 2014 seguían en trámite (frente al 26,1% en 2102), un 36,0% estaban en archivo provisional y un 4,4% en archivo provisional mejor fortuna. Las mayores diferencias se dan en la AP, donde el 55,9% de los expedientes estaban en trámite (frente al 38,5% en 2012) y el 35,4% se encontraban archivados provisionalmente (frente al 43,1% en 2012). En los Juzgados de lo Penal, estos porcentajes ascienden al 34,2% para los asuntos en trámite y al 36,4% para los asuntos archivados provisionalmente.

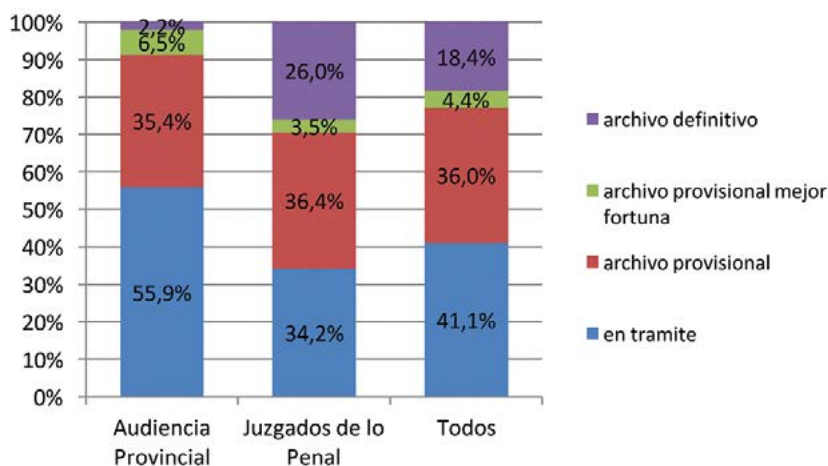


Ilustración 8. Estado de los expedientes de ejecutorias del segundo estudio.

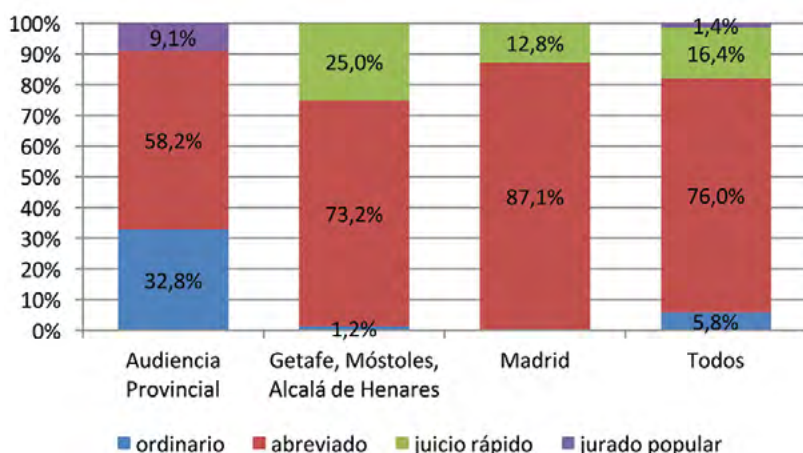


Ilustración 9. Tipo de procedimiento en las ejecutorias de 2012.

Respecto al tipo de delito, los de mayor frecuencia fueron el robo con fuerza en el 18,2% de los expedientes, el delito de lesiones en el 16,4% de los casos, hurto en el 11,3% y robo con violencia o intimidación en el 9,5% de los casos. El resto de delitos tuvo una incidencia menor.

Respecto al tipo de procedimiento, dada la competencia de los distintos tribunales y la incidencia de los distintos delitos, en el 76,0% de los casos se llevó a cabo el procedimiento abreviado, un juicio rápido en el 16,4%, ordinario en el 5,8% y jurado popular en el 1,4% de los casos. Los procedimientos de faltas rápido y ordinario tuvieron una incidencia inferior al 0,2%, dado que no eran competencia de este tipo de órganos. Véase la Ilustración 9.

3.2. Las partes personadas

En las ejecutorias de Madrid se observa una presencia casi generalizada del Ministerio Fiscal, una participación casi nula de la acusación popular y el ejercicio de la acusación particular en muchos de los asuntos más graves, en la Audiencia Provincial, siendo menor su personación en Juzgados de lo Penal.

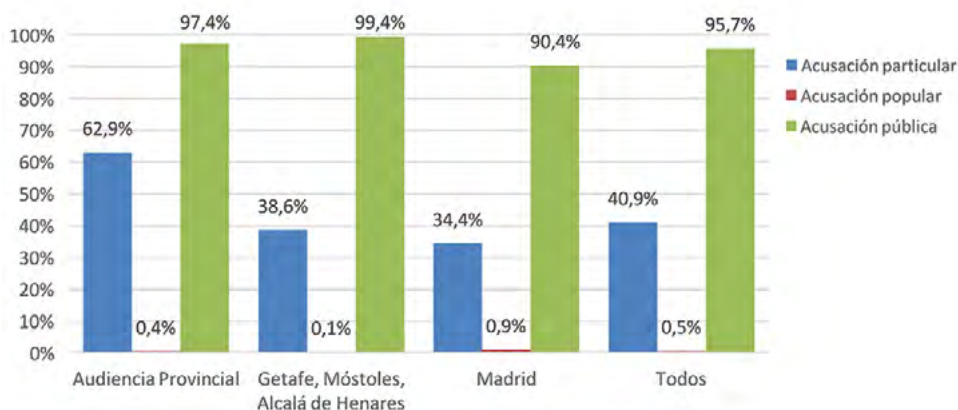


Ilustración 10. Incidencia de acusaciones en expedientes de ejecución.

La acusación particular, presenta una incidencia del 34,4% en plaza de Castilla y del 38,6% en Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares, frente al 62,9% en la AP.

La participación mayor en Audiencia Provincial puede justificarse en la mayor gravedad de los hechos, y llama la atención la baja incidencia de la acusación particular en Juzgado de lo Penal.

3.3. Características de las víctimas

La mayoría de las víctimas son personas físicas; en el primer estudio, se contabilizaron un total de 1824 perjudicados, siendo persona física el 72,1%. El número de víctimas en los expedientes del segundo estudio asciende a 1916, correspondiendo el 72,1% a personas físicas.

Es muy interesante observar el papel de la persona jurídica en el proceso penal, que es predominantemente como víctima: entidades bancarias, empresas de energía, aseguradoras y comunidades de propietarios son las personas jurídicas más habituales.

Las 438 personas jurídicas que han sido víctima en el segundo estudio son empresas en el 78,1% de los casos, administraciones públicas en el 13,5%, organismos públicos en el 7,8% y ONG's o asociaciones en el 0,7% restante.

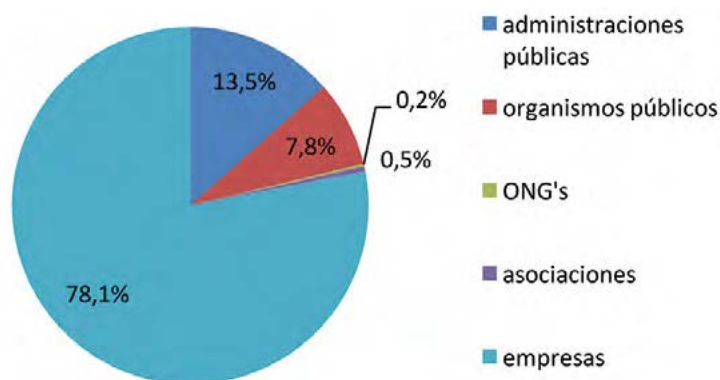


Ilustración 11. Víctimas, clase de entidad.

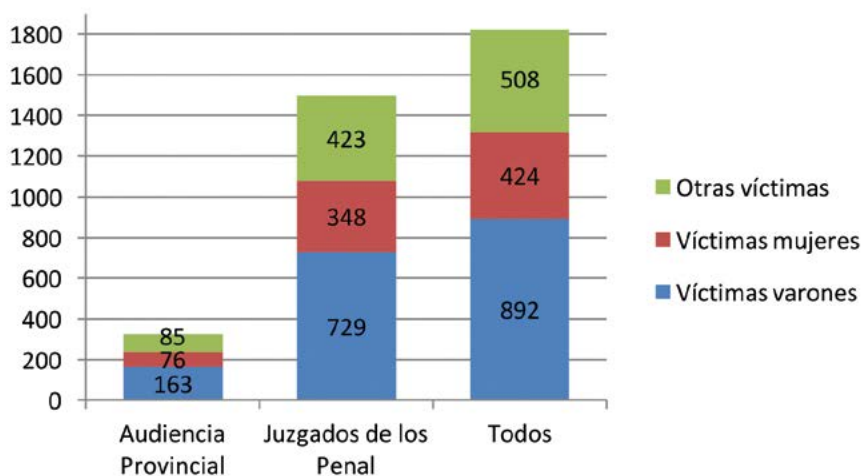


Ilustración 12. Número de víctimas en las ejecutorias de 2012 analizadas.

En cuanto al género, en el primer estudio se observa que son varones en el 67,8% de los casos, mujeres en el 32,2%. Véanse las cifras correspondientes en la Ilustración 12.

Respecto a las 1381 víctimas persona física del segundo estudio, el 62,1% son varones y el 37,9% mujeres, siendo de nacionalidad española en el 80,4% de los casos.

Por edades, las víctimas del segundo estudio son en el 8,1% menores de 18 años, el 13,4% tienen de 18 a 24 años, el 41,6% de 25 a 39 años, el 32,5% de 40 a 64 años y el 4,3% restante tiene 65 o más años de edad.

Respecto al número de víctimas por expediente, en el 77,1% de los casos del segundo estudio se trata de una sola persona afectada, en el 14,4% son dos personas, en el 4,9% tres personas y en el 3,6% restante, hay tres o más víctimas por expediente.

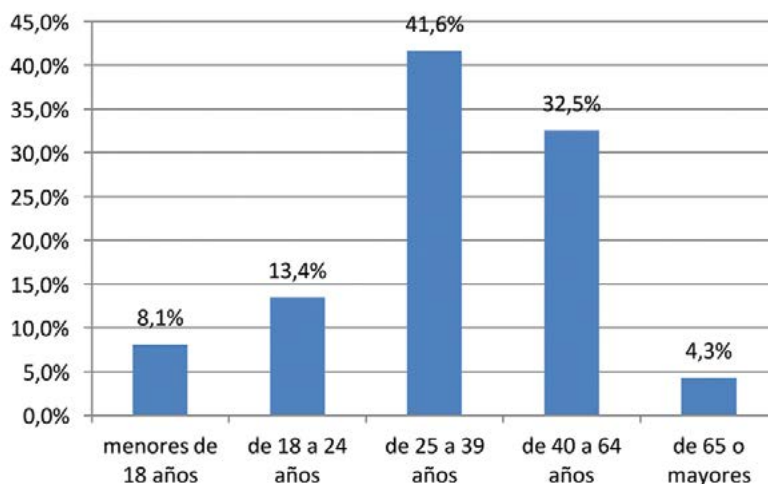


Ilustración 13. Edad de las víctimas. Segundo estudio.

3.3.1. Víctimas según el tipo de delito

Los delitos con mayor incidencia en los expedientes que ocupan el segundo estudio son hurtos y robos en el 23,2% de los casos, seguido del 19,6% de delitos de lesiones y maltrato familiar, el 18,1% de estafa, apropiación indebida y defraudaciones y el 8,4% de delitos sexuales y violentos; el 30,7% corresponde al resto de delitos.

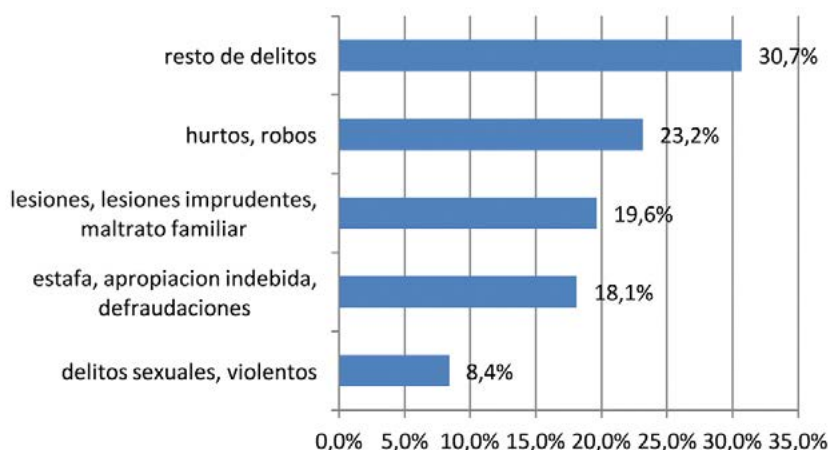


Ilustración 14. Porcentaje de víctimas según tipo de delito.

El siguiente cuadro resume las características principales de las personas físicas que han sido víctimas de los tipos de delitos anteriores:

Hurtos, robos	<ul style="list-style-type: none"> • El 63,7% son varones y el 36,3% mujeres. • El 4,8% son menores de 18 años, el 9,0% tiene de 18 a 24 años, el 38,0% tienen de 25 a 39 años, el 40,0% tienen de 40 a 64 años, el 8,2% tienen 65 o más años, • El 75,0% son de nacionalidad española y el 25,0% de otras nacionalidades.
Lesiones, maltrato familiar	<ul style="list-style-type: none"> • El 78,3% son varones y el 21,7% mujeres. • El 6,4% son menores de 18 años, el 20,1% tienen de 18 a 24 años, el 44,9% tienen de 25 a 39 años, el 24,5% tienen de 40 a 64 años, el 4,1% tienen 65 o más años, • El 71,1% son de nacionalidad española y el 28,9% de otras nacionalidades.
Estafa, apropiación indebida, defraudaciones...	<ul style="list-style-type: none"> • El 61,1% son varones y el 38,9% mujeres. • El 8,7% tienen de 18 a 24 años, el 41,7% tienen de 25 a 39 años, el 46,2% tienen de 40 a 64 años, el 3,4% tienen 65 o más años, • El 87,2% son de nacionalidad española y el 12,8% de otras nacionalidades.
Delitos sexuales, delitos violentos	<ul style="list-style-type: none"> • El 26,1% son varones y el 73,9% mujeres. • El 47,6% son menores de 18 años, el 21,5% tienen de 18 a 24 años, el 21,5% tienen de 25 a 39 años, el 7,5% tienen de 40 a 64 años, el 1,9% tienen 65 o más años, • El 73,9% son de nacionalidad española y el 26,1% de otras nacionalidades.
Resto de delitos	<ul style="list-style-type: none"> • El 59,9% son varones y el 40,1% mujeres. • El 5,8% son menores de 18 años, el 12,5% tienen de 18 a 24 años, el 48,8% tienen de 25 a 39 años, el 29,7% tienen de 40 a 64 años, el 3,2% tienen 65 o más años, • El 80,5% son de nacionalidad española y el 19,5% de otras nacionalidades.

3.3.2. La Administración Pública como víctima

Partimos de la tesis de que la Administración Pública iba a conseguir una mayor eficacia de pago de indemnización cuando ella sea la víctima, dado que tiene acceso directo a los datos fiscales de los sujetos y capacidad ejecutiva. Si esto se confirmara, podría concluirse que la Administración de Justicia debería contar con los mismos mecanismos para desarrollar la función ejecutiva, sin embargo, los resultados no avalan la tesis.

Del total de expedientes del segundo estudio, la Administración Pública o algún Organismo Público (AAPP) aparecen como víctimas en el 6,4% de los casos. Respecto a si se dictan más o menos indemnizaciones en favor de las AAAP, en el gráfico siguiente se observa que el porcentaje expedientes con indemnizaciones es del 80,6% cuando la AAPP no es víctima frente al 53,8% cuando sí lo es. Para averiguar si estas diferencias son estadísticamente significativas se realiza un contraste Chi-cuadrado de independencia, obteniendo un p-valor de 0,000. Por tanto, hay evidencia estadística suficiente para afirmar que la probabilidad de que se dicten indemnizaciones es mayor cuando las AAPP no aparecen como víctima.

Respecto a si las AAPP consiguen una mayor eficacia de pago de indemnización cuando son víctimas, en el gráfico siguiente se observa que el porcentaje de cobro es

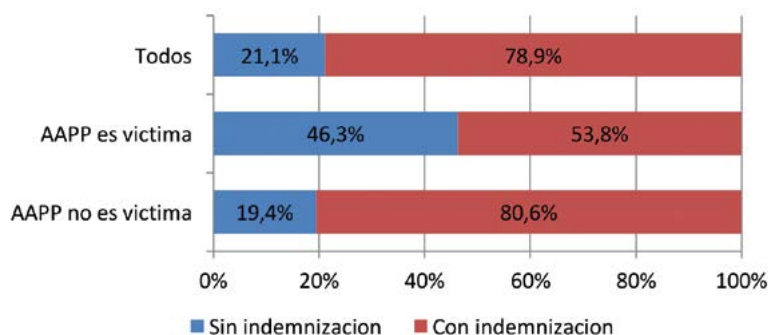


Ilustración 15. Porcentaje de asuntos con o sin indemnización con víctima Administración Pública.

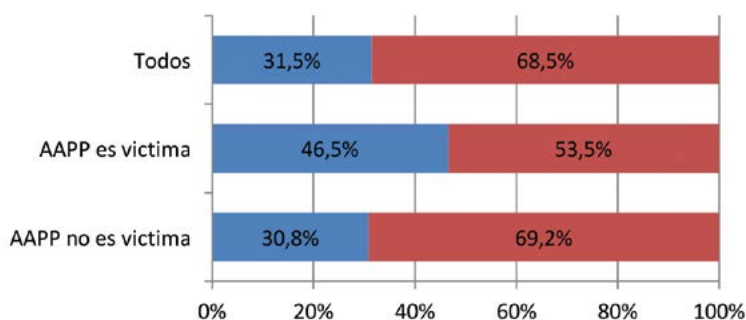


Ilustración 16. Porcentaje de pago con o sin víctima Administración Pública.

del 53,5% cuando las AAPP son víctimas frente al 69,2% cuando no lo son. Estas diferencias son estadísticamente significativas para un nivel del confianza del 95% (dado que el p-valor asociado al contraste Chi-cuadrado de independencia es de 0,030). Por tanto, parece que la probabilidad de que se cobren indemnizaciones (por lo menos en parte) es mayor cuando las AAPP no aparecen como víctimas.

Respecto al porcentaje medio pagado varía: cuando las AAPP son víctimas es del 34,3%, mientras que cuando no lo son es del 44,6%.

3.4. Características de los condenados

La práctica totalidad de los condenados es persona física, lo que llama la atención en relación con la situación de la persona jurídica, que es con mucha más incidencia víctima que condenado.

El número de condenados en las ejecutorias del primer estudio asciende a 1973, siendo personas jurídicas 24, que suponen un 1,2%. De las personas físicas, son hombres el 85,8% de los condenados, y mujeres el 14,2%.

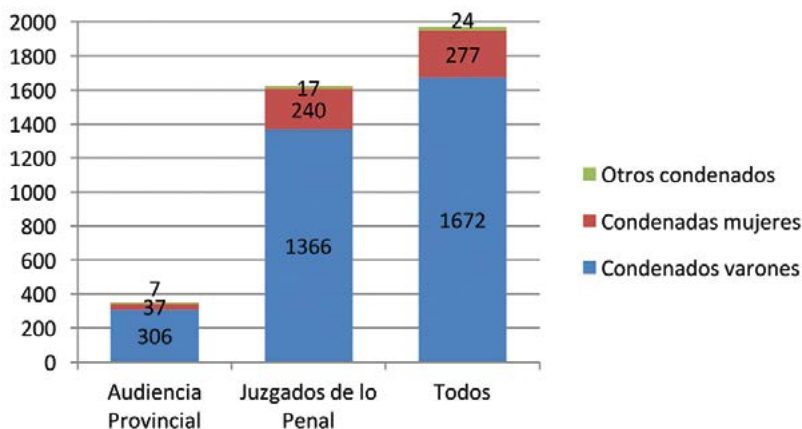


Ilustración 17. Número de condenados en las ejecutorias de 2012 (primer estudio).

En el segundo estudio, se han analizado un total de 1308 expedientes. En ellos, el número de condenados asciende a 1693, correspondiendo el 99,4% a personas físicas y el 0,6% restante a personas jurídicas, correspondiente a 10 personas jurídicas las cuales son una Administración Pública, cuatro Organismos Públicos y cinco empresas.

Respecto al segundo estudio, de las 1683 personas físicas condenadas, el 86,3% son varones y el 13,7% mujeres, siendo de nacionalidad española en el 65,4% de los casos. Por edades, el 18,4% son menores de 25 años, el 45,2% tienen de 25 a 39 años, el 33,8% de 40 a 64 años y el 2,6% restante tiene 65 o más años de edad.

Si se compara con las víctimas, la proporción de condenados varones es mayor, así como la proporción de condenados menores de 24 años que de víctimas, mientras que los mayores de 65 años son en mayor proporción víctimas (un 4,3% frente al 2,6% de condenados de esta franja de edad).

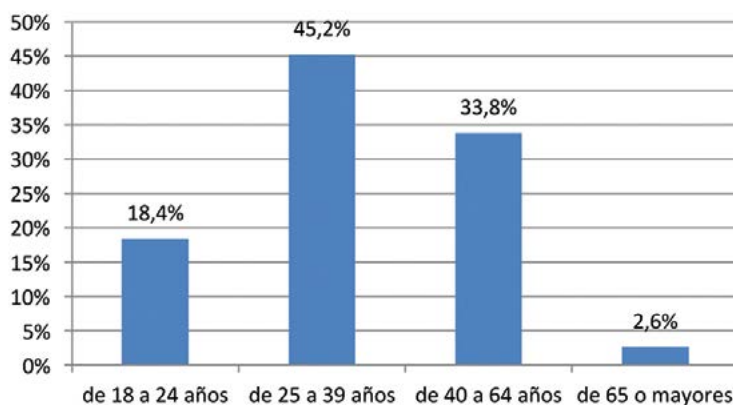


Ilustración 18. Edad de los condenados. Segundo estudio.

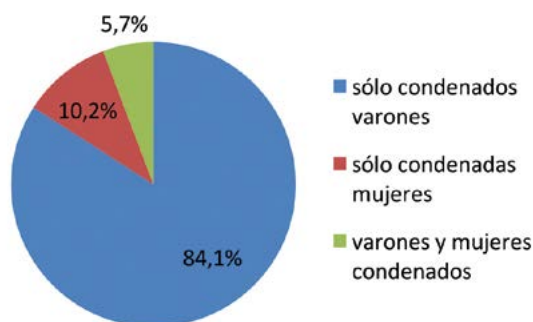


Ilustración 19. Cooperación entre condenados según género.

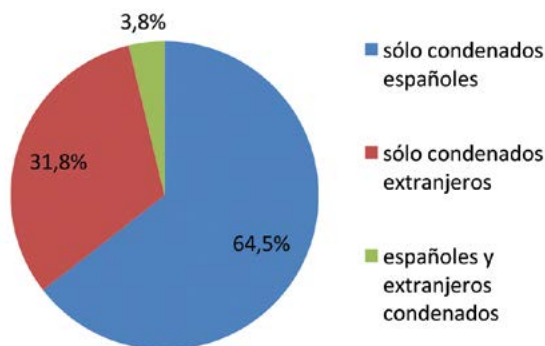


Ilustración 20. Cooperación entre condenados según nacionalidad.

Respecto al número de condenados por expediente, en el 80,6% de los casos se trata de una sola persona, en el 14,2% son dos personas condenadas, en el 2,8% tres personas y en el 2,4% restante, hay tres o más condenados por expediente.

En general, la cooperación por género para delinquir es baja, dado que sólo en el 5,7% hay condenados de ambos sexos; en el 84,1% de los expedientes hay condenados sólo varones y en el 10,2% sólo hay mujeres condenadas.

El porcentaje de cooperación entre nacionalidades es aún menor que entre distintos sexos, llegando sólo al 3,8%; en el 64,5% de los expedientes los condenados son sólo de nacionalidad española y en el 31,8% son de otras nacionalidades. Véase la Ilustración 20.

3.5. Conformidad, reparación y mediación

En la Ilustración 21 se observa la incidencia de tres fenómenos de posible trascendencia respecto de la reparación de la víctima: la conformidad puede ser un ejercicio de

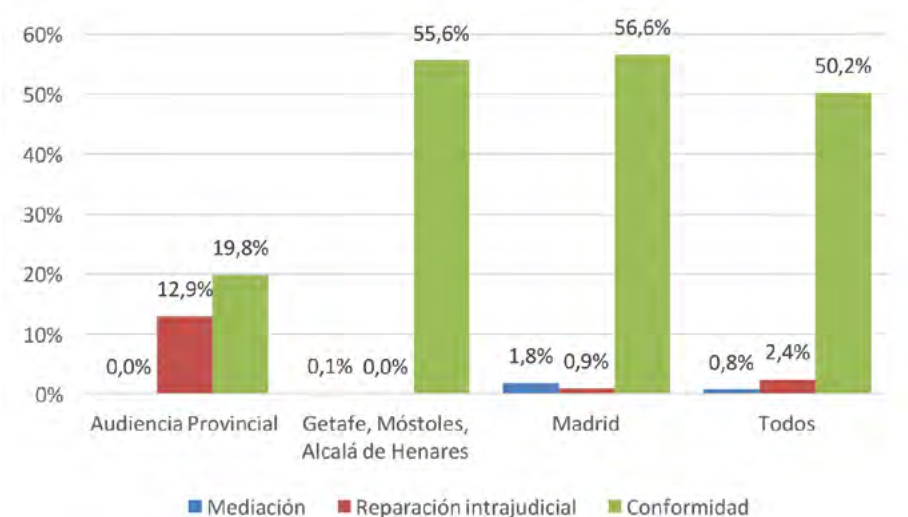


Ilustración 21. Incidencia de conformidad, reparación y mediación.

negociación en el que participa el defensor de los intereses de la víctima, y la reparación intrajudicial y la mediación penal son mecanismos de finalidad reparatoria.

Los datos ofrecen una incidencia casi nula de la mediación, alguna incidencia de la reparación intrajudicial en la Audiencia Provincial y una gran presencia de la conformidad.

La mediación penal, procedimiento más común de la justicia restaurativa, tiene pocas manifestaciones, por lo que no se puede analizar su influencia.

En lo que toca a la conformidad, su incidencia es muy considerable: en la Figura 18 se observa que la concurrencia de la conformidad es muy parecida en los juzgados de plaza de Castilla (56,6%) y en los de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares (55,6%) a diferencia de lo que ocurre en la AP (19,8%).

3.5.1. *Conformidad y acusación particular*

En lo que toca a su relación con la acusación particular, la hipótesis de la que se partía era que debería haber un comportamiento diferente en las conformidades al introducir otro decisor, sin embargo los datos revelan que la acusación particular no influye en la conformidad en cuanto a si se produce o no, es decir, no existe mayor o menor conformidad cuando concurre la acusación particular respecto de los casos en los que no concurre.

En los Juzgados de lo Penal la concurrencia entre ambos factores tuvo lugar en 270 de 1211 expedientes de los juzgados de lo Penal, es decir, en el 22,3% de los casos. Por el contrario, ambos factores no coincidieron en 355 de 1211 expedientes, esto es en el 29,3% de los casos. Véase la Tabla 6.

	No conformidad	Conformidad	Todos
No acusación particular	355	412	767
Acusación particular	174	270	444
Todos	529	682	1211

Tabla 6. Concurrencia entre acusación particular y conformidad. Juzgados de lo Penal de Madrid. Primer estudio.

	No conformidad	Conformidad	Todos
No acusación particular	69	16	85
Acusación particular	116	30	146
Todos	185	46	231

Tabla 7. Concurrencia entre acusación particular y conformidad. Secciones de la AP de Madrid. Primer estudio.

En la Audiencia Provincial la concurrencia entre ambos factores sólo se dio en el 13,0% de los casos, mientras que en el 29,9% de los casos no coincidieron ninguno de los dos.

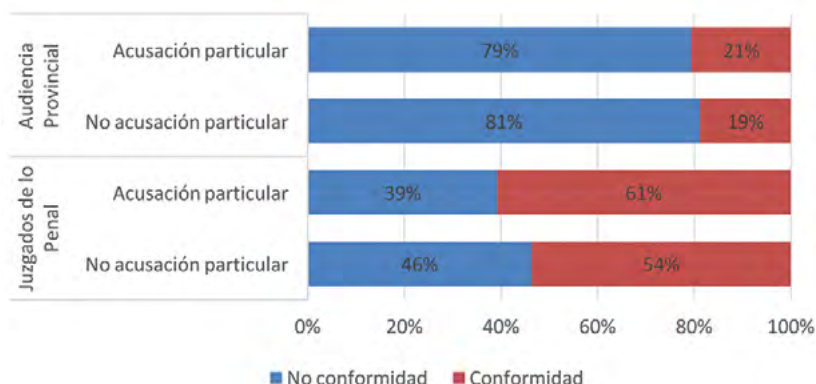


Ilustración 22. Distribución de la conformidad, según si hay o no acusación particular. Primer estudio.

En la práctica parece que la existencia de acusación particular no influye en la existencia de conformidad.

3.5.2. Reparación intrajudicial

Respecto a otro tipo de reparaciones, éstas sólo se dieron en el 3,9% de los casos. Concretamente, en el 17,4% de los expedientes de la AP, en el 1,4% de los expedientes de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares y en el 1,1% de los expedientes de plaza de Castilla, por lo que sólo se puede realizar análisis respecto de la AP.

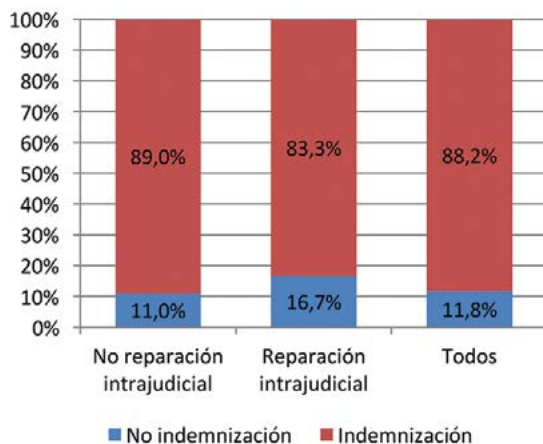


Ilustración 23. Influencia de la reparación intrajudicial en la imposición de las indemnizaciones. Secciones de la AP.

La Ilustración 23 contiene los porcentajes de expedientes con indemnizaciones dictadas en la AP según si se hubo o no reparación intrajudicial. Se observa que el porcentaje de indemnizaciones dictadas es del 89,0% cuando no hubo reparación intrajudicial y del 83,3% cuando sí la hubo. Para averiguar si esta diferencia es significativa, se ha llevado a cabo un contraste Chi-cuadrado³⁸, cuyo resultado ha sido no significativo. Por lo que se concluye que la reparación intrajudicial no tuvo influencia en la imposición de las indemnizaciones en las secciones de la AP de Madrid.

La Ilustración 24 podría sugerir una relación entre conformidad y reparación en la Audiencia Provincial. De hecho, se ha observado que en la AP cuando hay conformidad

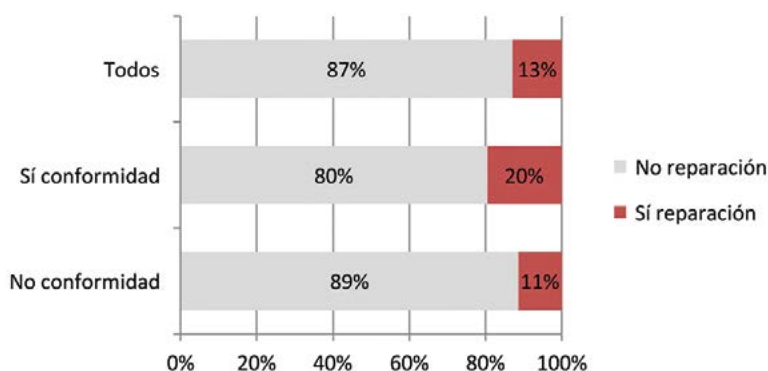


Ilustración 24. Relación entre conformidad y reparación en Audiencia Provincial.

³⁸ El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 0,804 con un p-valor asociado de 0,370.

se da reparación en el 20% de los casos, mientras que si no hay conformidad baja al 11%. Sin embargo, estas diferencias no son estadísticamente significativas, dado que no se puede rechazar la hipótesis nula del contraste Chi-cuadrado de independencia (p-valor de 0,138).

3.6. Existencia de indemnización en los expedientes de ejecución

En relación con el primer estudio, de los 1449 expedientes de ejecutorias analizados se estableció indemnización en 893 de ellos, esto es el 61,6% de los expedientes estudiados, lo cual es curioso, pues se esperaba una incidencia mayor al seleccionarse tipos delictivos con posibilidad de víctima directa.

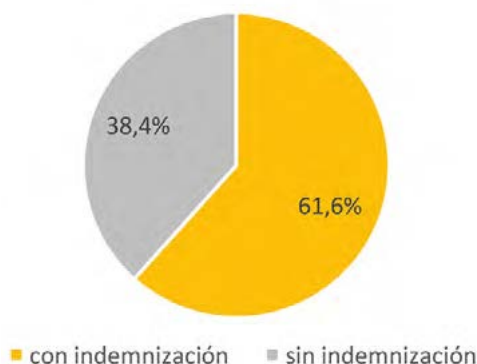


Ilustración 25. Porcentaje de expedientes con indemnizaciones dictadas.

Es interesante también observar que la incidencia de la indemnización es variable en los órganos de distintos partidos (véase tabla 8): de los 541 expedientes analizados en los Juzgados de ejecutorias de plaza de Castilla se recogió en sentencia indemnización a la víctima en el 62,5% de los casos; mientras que de los 676 expedientes analizados en los partidos judiciales de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares³⁹ se estableció que tenía que pagarse indemnización a la víctima en el 53,3%. Se evidencia así una menor tendencia a establecer indemnización en los Juzgados de la periferia que en los de la capital.

De los 232 expedientes analizados de la Audiencia Provincial (AP), se estableció en sentencia que tenía que pagarse indemnización a la víctima en el 88,2% de los casos, frente al 11,8% de los expedientes en los que no se estipuló indemnización a la víctima.

³⁹ La agrupación ha sido necesaria para poder extrapolar los resultados a la población de referencia, con un error de muestreo no superior al 4%.

3.7. Cuantía de las indemnizaciones

Las cuantías de las indemnizaciones impuestas oscilan enormemente, siendo mayores las dictadas en la Audiencia Provincial, dada la mayor gravedad de los delitos enjuiciados.

Tomando todos los expedientes, tanto de Audiencia Provincial como de Juzgado de lo Penal, se observa que las indemnizaciones en los expedientes de ejecutorias de 2012 en Madrid varían entre 1€ y los 706.519,64€, con una media de 19.420,30€.

Se trata de una media importante, sin embargo la mediana nos revela que en general las indemnizaciones no son altas: en el 50% de los expedientes la indemnización impuesta no supera los 1450€, en un 25% está entre los 1450€ y los 6000€ y en el 25% restante es superior a los 6000€. Véase la Ilustración 26.

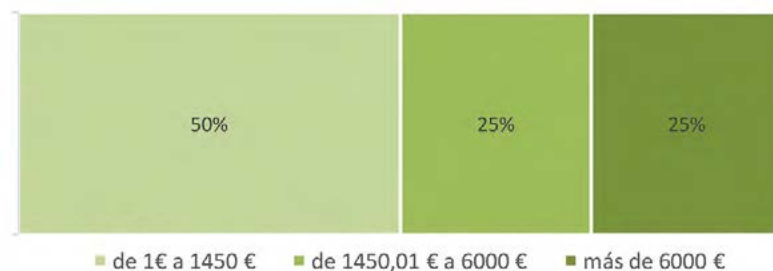


Ilustración 26. Indemnizaciones impuestas.

Si nos centramos en los Juzgados de lo Penal, se observan resultados diferentes entre los de Madrid capital y la periferia: la cuantía media de las indemnizaciones impuestas en los juzgados de lo Penal de Plaza de Castilla es de 4.840,79€, muy inferior a la de los Juzgados de la periferia, que es de 7.623,01€, más de un 50% superior a la que se otorga en Plaza Castilla.

Por su parte, la cuantía media de las indemnizaciones impuestas en la AP es alta, de 66.471,06€, si bien veremos que esta alta cuantía no supone una mayor probabilidad de percepción de la indemnización.

En cuanto a la mediana, se da un paralelismo con las indemnizaciones medias en lo que toca a la diferencia entre Plaza Castilla y los demás territorios Juzgado de lo Penal de Madrid: la mitad de los pronunciamientos se refieren a indemnizaciones de hasta 650,15€ en Plaza Castilla y a 1090€ en los demás territorios, cerca de dos veces más.

Por grupos de delitos, en delitos sexuales y delitos violentos (como homicidio, asesinato, etc.) es donde, en proporción, se dictaron más indemnizaciones alcanzado el 98,1% de los expedientes analizados en el segundo estudio. Le siguen los delitos de estafa, apropiación indebida y defraudaciones con el 92,0%, lesiones, lesiones imprudentes y maltrato familiar con el 85,2%, hurtos y robos con el 73,1% y el resto de delitos con el 66,1%.

	Total de expedientes analizados	Expedientes con indemnizaciones	Porcentaje de expedientes con indemnizaciones	Media indemnizaciones dictadas	Mediana indemnizaciones dictadas
Plaza de Castilla	541	338	62,5%	4.840,79 €	650,15 €
Getafe, Móstoles, Alcalá de Henares	676	360	53,3%	7.623,01 €	1.090,00 €
Total Juzgados de lo Penal	1217	698	57,4%	6275,75 €	845,20 €
Audiencia Provincial	232	195	84,1%	66.471,06 €	18.200,00 €
Todos	1449	893	61,6%	19.420,30 €	1.450,00 €

Tabla 8. Indemnizaciones impuestas. Primer estudio.

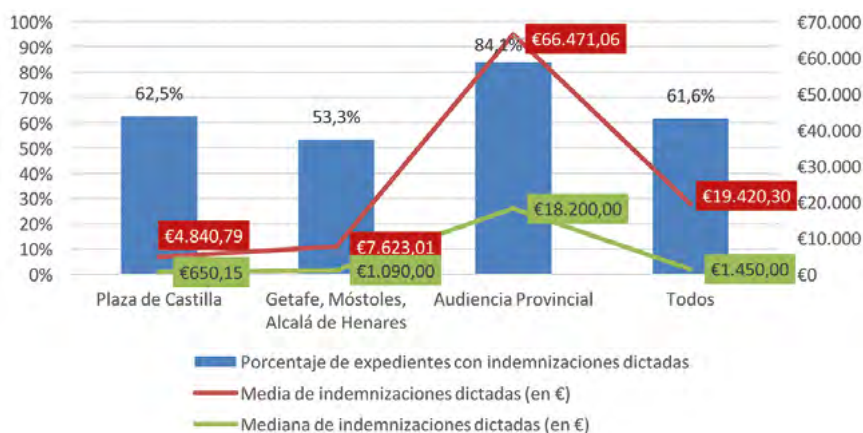


Ilustración 27. Porcentajes, cuantías medias y medianas de indemnizaciones dictadas.

	Total de expedientes analizados	Expedientes con indemnizaciones	Porcentaje de expedientes con indemnizaciones	Media indemnizaciones dictadas	Mediana indemnizaciones dictadas
Delitos sexuales, delitos violentos	108	106	98,1%	41.721,14€	10.202,40€
Estafa, apropiación indebida, defraudaciones	224	206	92,0%	5.658.315,05€	10.702,17€
Hurtos, robos	297	217	73,1%	1.752,90€	281,00€
Lesiones, lesiones imprudentes, maltrato familiar	244	208	85,2%	9.092,59€	3.125,50€
Resto de delitos	252	381	66,1%	44.415,31€	369,00€
Todos	1254	989	78,9%	1.030.007,89€	1.075,00€

Tabla 9. Indemnizaciones impuestas por grupos de delitos. Segundo estudio.

Respecto a las cantidades medias (y medianas) impuestas, las indemnizaciones más elevadas se corresponden con los delitos de estafa, apropiación indebida y defraudaciones, alcanzado aproximadamente los 5,6 millones de media (aunque poco más de la mitad de los expedientes llegan a superar los 10.700 euros). Por el contrario, las indemnizaciones más bajas se corresponden con los delitos de hurtos y robos con una media de 1.752,90€ (aunque para la mitad de los casos las indemnizaciones no superaron los 281 euros).

3.7.1. Acusación particular y cuantía de la indemnización

En lo concerniente a la influencia de la acusación particular en la cuantía de la indemnización la conclusión es que existen diferencias entre la media de las indemnizaciones impuestas por jueces de los juzgados de lo Penal de Madrid, siendo éstas superiores cuando la víctima se persona como acusación particular⁴⁰, al igual que en la Audiencia Provincial⁴¹.

3.7.1.1. Juzgados de lo Penal

En la Ilustración 28 se muestran los porcentajes de expedientes con indemnizaciones dictadas según si la víctima se persona o no como acusación particular. Se observa que el porcentaje de indemnizaciones dictadas es del 74,4% en el caso de haber acusación particular, frente al 52,0% cuando no la hay. Para averiguar si esta diferencia es significativa, se llevó a cabo un contraste Chi-cuadrado⁴², resultando ser significativo. Por lo que se concluye que la acusación particular tiene algún efecto en la imposición de las indemnizaciones en los juzgados de lo Penal de Madrid. Dicho efecto no es elevado, pues el estadístico V de Cramer determina un grado de asociación del 22% entre la existencia o no acusación particular y la imposición o no de indemnización.

Esta realidad es consecuente con el cumplimiento de la normativa existente: si existe víctima en general se va a determinar una indemnización, salvo que la víctima renuncie o se reserve el derecho a reclamarla.

Respecto a las cantidades de las indemnizaciones impuestas, se desea averiguar si éstas son distintas en función de si hay o no acusación particular. Para ello, se ha realizado

⁴⁰ Se ha realizado un contraste de comparación de medias, mediante el estadístico t-Student y transformando previamente la variable para asegurar la hipótesis de normalidad de los datos. El valor del estadístico t-Student es de 7,955 con un p-valor asociado de 0,000. Se han asumido varianzas distintas, dado que se rechaza el contraste de Levene de igualdad de varianzas (F de Fisher de 5,510; p-valor de 0,019).

⁴¹ Se ha realizado un contraste de comparación de medias, mediante el estadístico t-Student y transformando previamente la variable para asegurar la hipótesis de normalidad de los datos. El valor del estadístico t-Student es de 3,237 con un p-valor asociado de 0,002. Se han asumido varianzas iguales, dado que no se rechaza el contraste de Levene de igualdad de varianzas (F de Fisher de 0,000; p-valor de 0,995).

⁴² El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 56,249 con un p-valor asociado de 0,000. V de Cramer de 0,220.

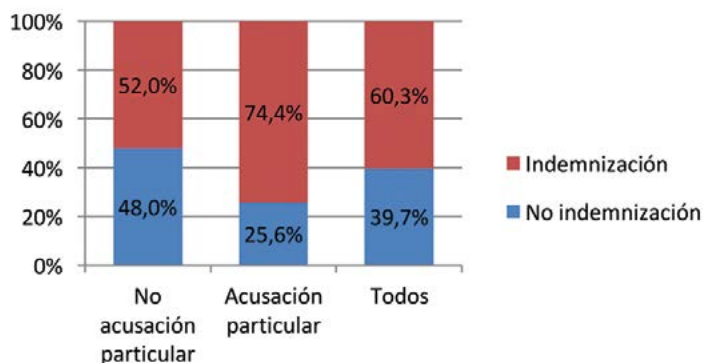


Ilustración 28. Influencia de la Acusación particular en la imposición de las indemnizaciones. Juzgados de lo Penal de Madrid.

un contraste de comparación de medias, mediante el estadístico t-Student⁴³ y transformando previamente la variable para asegurar la hipótesis de normalidad de los datos.

La conclusión es que, efectivamente, existen diferencias entre la media de las indemnizaciones impuestas por jueces de los juzgados de lo Penal de Madrid, siendo éstas superiores cuando la víctima se persona como acusación particular.

3.7.1.2. Audiencia Provincial

En la Ilustración 29 se muestran los porcentajes de expedientes con indemnizaciones dictadas según si la víctima se persona o no como acusación particular. Se observa que el porcentaje de indemnizaciones dictadas es del 94,3% en el caso de haber acusación particular, frente al 77,5% cuando no la hay. Para averiguar si esta diferencia es significativa, se llevó a cabo un contraste Chi-cuadrado⁴⁴, resultado ser significativo. Por lo que se concluye que la acusación particular tiene algún efecto en las indemnizaciones dictadas en las secciones de la AP de Madrid. Dicho efecto no es elevado, pues el estadístico V de Cramer determina un grado de asociación del 25,1% entre la existencia o no acusación particular y la imposición o no de indemnización.

Respecto a las cantidades de las indemnizaciones impuestas, se desea averiguar si éstas son distintas en función de si hay o no acusación particular. Para ello, se ha realizado un contraste de comparación de medias, mediante el estadístico t-Student⁴⁵ y transformando previamente la variable para asegurar la hipótesis de normalidad de los datos.

⁴³ El valor del estadístico t-Student es de 7,955 con un p-valor asociado de 0,000. Se han asumido varianzas distintas, dado que se rechaza el contraste de Levene de igualdad de varianzas (F de Fisher de 5,510; p-valor de 0,019).

⁴⁴ El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 13,921 con un p-valor asociado de 0,000. V de Cramer de 0,251.

⁴⁵ El valor del estadístico t-Student es de 3,237 con un p-valor asociado de 0,002. Se han asumido varianzas iguales, dado que no se rechaza el contraste de Levene de igualdad de varianzas (F de Fisher de 0,000; p-valor de 0,995).

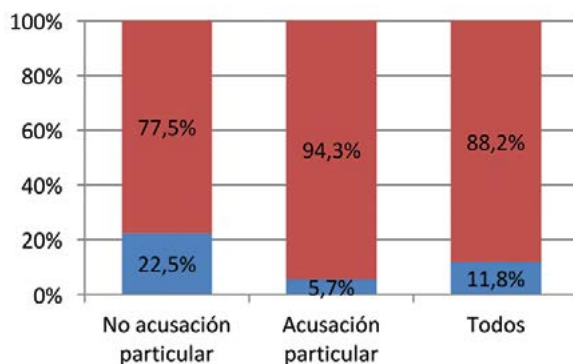


Ilustración 29. Influencia de la Acusación particular en la imposición de las indemnizaciones. Secciones de la AP.

La conclusión es que, efectivamente, existen diferencias entre la media de las indemnizaciones impuestas por los magistrados de las secciones de la AP de Madrid, siendo éstas superiores cuando la víctima se persona como acusación particular.

3.7.2. Conformidad y cuantía de la indemnización

Los resultados del estudio apuntan que no hay relación entre conformidad y cuantía de la indemnización, esto es, en procedimientos análogos no hay diferencia relevante en la cuantía de la indemnización cuando se produce sentencia de conformidad o no.

3.7.2.1. Juzgados de lo Penal

En la Ilustración 30 se muestran los porcentajes de expedientes con indemnizaciones dictadas según si se ha tenido lugar o no la Conformidad. Se observa que el por-

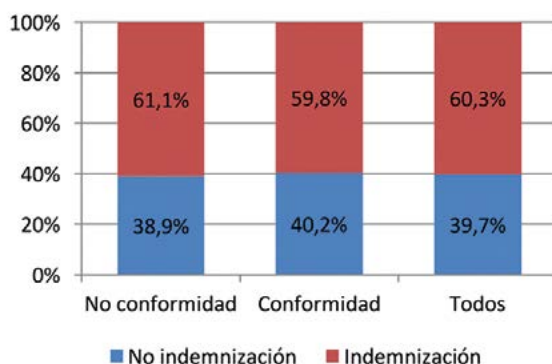


Ilustración 30. Influencia de la Conformidad en la imposición de las indemnizaciones. Juzgados de lo Penal de Madrid.

centaje de indemnizaciones dictadas es del 61,1% en el caso de no conformidad y del 59,8% cuando sí hay conformidad. Para averiguar si esta diferencia es significativa, se ha llevado a cabo un contraste Chi-cuadrado⁴⁶, cuyo resultado ha sido no significativo, concluyendo que la conformidad no tiene influencia en la imposición de las indemnizaciones en los Juzgados de lo Penal de Madrid.

3.7.2.2. Audiencia Provincial

La Ilustración 31 contiene los porcentajes de expedientes con indemnizaciones dictadas según si hubo o no conformidad. Se observa que el porcentaje de indemnizaciones dictadas es del 89,2% en el caso de no conformidad y del 86,4% cuando sí hay conformidad. Para averiguar si esta diferencia es significativa, se ha llevado a cabo un contraste Chi-cuadrado⁴⁷, cuyo resultado ha sido no significativo, concluyendo que la conformidad no tiene influencia en la imposición de las indemnizaciones en las secciones de la AP de Madrid.

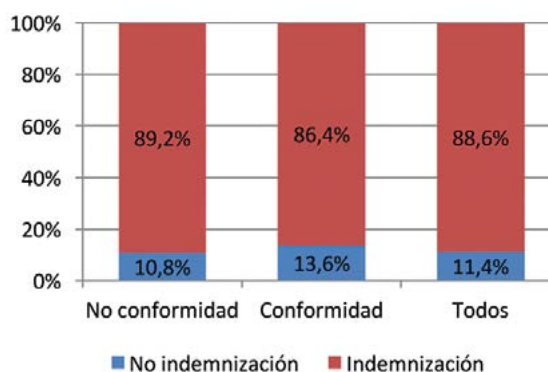


Ilustración 31. Influencia de la Conformidad en la imposición de las indemnizaciones. Secciones de la AP.

3.8. Pago de las indemnizaciones

3.8.1. Cuantías pagadas

Como se expone, la percepción de las indemnizaciones a favor de la víctima es muy baja, lo que supone una grave ineficiencia del sistema.

En un 32% de los casos aún no se ha pagado ninguna cantidad de la indemnización dictada⁴⁸, en un 17% se ha percibido hasta el 50% de la cantidad dictada, un 7%

⁴⁶ El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 0,203 con un p-valor asociado de 0,652.

⁴⁷ El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 0,282 con un p-valor asociado de 0,595.

⁴⁸ Para ejecutorias que se inician en 2012, cuatro años después no se ha producido pago.

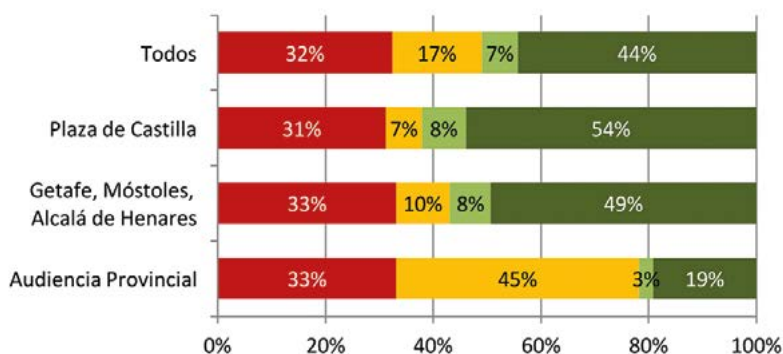


Ilustración 32. Porcentaje de indemnización pagada según órgano judicial.

más del 50% pero menos del 100% y el 44% ha percibido la totalidad de la indemnización dictada.

Las cantidades pagadas oscilan entre los 0€ y los 706.519,64€, con una media de 5497,54€.

Como se refleja en la Ilustración 33, en el 32% de los expedientes la víctima aún no ha percibido ninguna cantidad; a un 18% le han abonado menos de 302,13€, un 25% han podido cobrar entre 302,13€ y 1450€ y el 25% restante han percibido más de 1450€. Lo que apunta a que aunque en el 44% de los casos se haya cobrado el 100% (Ilustración 32), las cantidades que se han cobrado pueden corresponderse con indemnizaciones pequeñas.

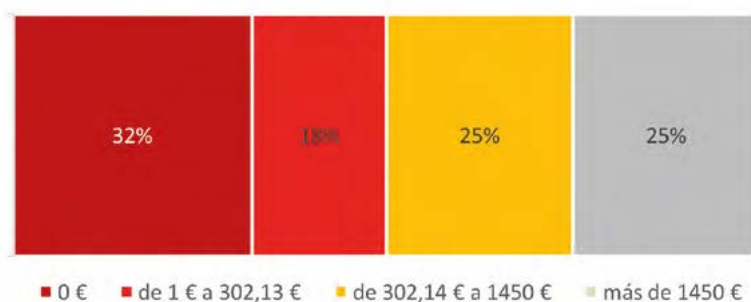


Ilustración 33. Indemnizaciones pagadas.

Como se puede observar en la Tabla 10 e Ilustración 34-Ilustración 35, las indemnizaciones percibidas por la víctima en el territorio de Plaza Castilla, de los asuntos en los que se estableció indemnización se han empezado a percibir en un 69% de los casos. Las cantidades pagadas oscilan entre los 0€ y los 706.519,64€, con una media de 3708,77€ y una mediana de 301,12€, es decir, en el 50% de los expedientes de plaza de Castilla, las víctimas percibieron menos de 301,12€.

	Porcentaje de expedientes con algún pago	Media de indemnizaciones dictadas (en €)	Media indemnizaciones percibidas	Mediana de indemnizaciones dictadas (en €)	Mediana indemnizaciones percibidas
Plaza de Castilla	69%	4.840,79 €	3.708,77€	650,15 €	301,12€
Getafe, Móstoles, Alcalá de Henares	67%	7.623,01 €	5.198,68€	1.090,00 €	289,50€
Audiencia Provincial	67%	66.471,06€	9.073,38€	18.200,00€	360,00€
Todos	32%	19.420,30€	5.497,54€	1.450,00€	302,13€

Tabla 10. Indemnizaciones percibidas.

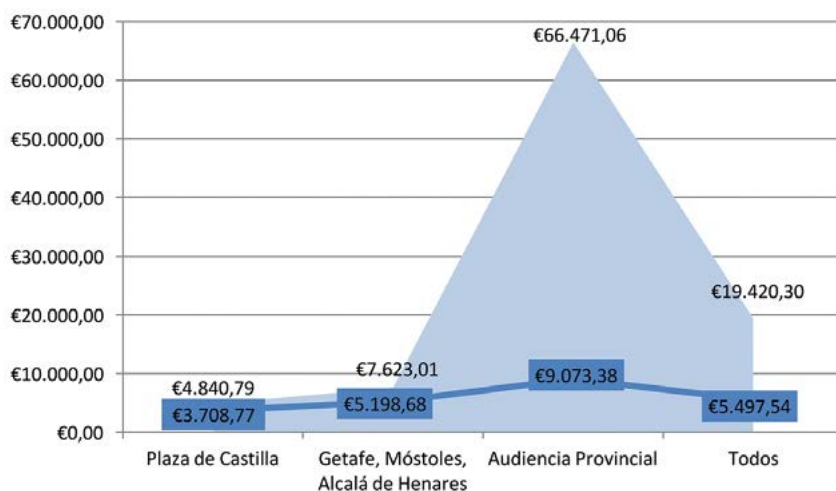


Ilustración 34. Cuantías medias de indemnizaciones dictadas y percibidas.

La situación es muy similar en Getafe, Móstoles y Alcalá: se han empezado a percibir cantidades en un 67% de los casos. Las cantidades pagadas oscilan entre los 0€ y los 474.789,25€, con una media de 5198,68€ y una mediana de 289,50€, es decir, en el 50% de los expedientes de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares las víctimas percibieron menos de 289,50€.

En la Audiencia Provincial, se ha empezado a percibir indemnización en un 67% de los casos en los que se estableció indemnización, y las cantidades pagadas oscilan entre los 0€ y los 4.565.910,65€, con una media de 9073,38€ y una mediana de 360,00€, es decir, en el 50% de los expedientes de la AP, las víctimas percibieron menos de 360,00€.

En la Tabla 10 y figuras anteriores se observa que las cantidades percibidas (en mediana) son muy parecidas, alrededor de los 300€, en las tres situaciones analizadas. Sin embargo, las medianas de las indemnizaciones dictadas sí son muy distintas en las



Ilustración 35. Cuantías medianas de indemnizaciones dictadas y percibidas.

tres situaciones analizadas (650,15€ en Plaza de Castilla, 1090€ en Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares y 18.200€ en AP).

Observamos que la media de las indemnizaciones dictadas y percibidas es mucho más elevada en los Juzgados del extrarradio que la de Madrid capital, sin embargo, cuando acudimos a la mediana observamos que existe una proporción análoga de víctimas que cobran nada o casi nada, lo que apunta a que los Juzgados del extrarradio tampoco son capaces de facilitar a cerca de la mitad de las víctimas la reparación recogida en sentencia.

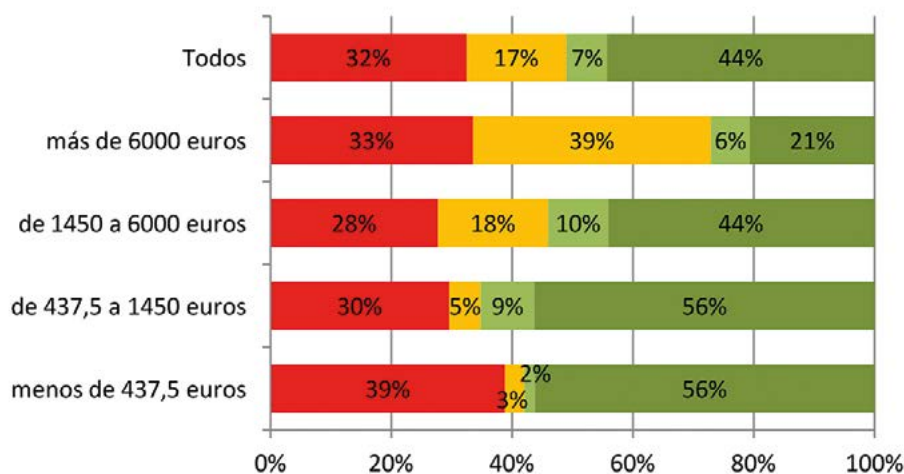


Ilustración 36. Porcentaje pagado de indemnización en función de la cantidad de indemnización impuesta.

Esta circunstancia nos pone de manifiesto la situación generalizada de no cobro de la indemnización impuesta en sentencia en cerca de la mitad de los casos, y tanto en Juzgados de lo Penal como en Audiencia Provincial, pues la mediana nos indica que la mitad de las víctimas cobraron menos de 302,13 euros, lo que expone una situación especialmente grave en los expedientes de la Audiencia Provincial.

Finalmente, en la Ilustración 36 se representa el porcentaje pagado en función de la cantidad de indemnización impuesta. Se observa que solamente el 21% de las indemnizaciones de más de 6000 euros han sido completamente satisfechas. Por otro lado, en las indemnizaciones de menor cuantía (inferiores a los 437,5 euros) el porcentaje de indemnizaciones no pagadas alcanza el 39%, mientras que se han satisfecho completamente en el 56% de los casos, por lo que se puede concluir que es más probable obtener la indemnización cuanto se trata de cantidades de hasta 6000 euros, y más aún cuando es inferior a 1450€.

3.8.2. Incidencia de la acusación particular

A la vista de los resultados expuestos a continuación, se concluye que la acusación particular no ejerce ningún efecto sobre el pago de las indemnizaciones en los juzgados de lo Penal, aunque sí parece tener cierto efecto en el pago parcial de indemnizaciones en los casos de la AP de Madrid. De los estudios realizados se observa que no existen diferencias estadísticamente significativas que apoyen la teoría de que a acusación particular consiga una mayor cuantía de la indemnización percibida⁴⁹,

En la Ilustración 37 se muestran los porcentajes de expedientes con indemnizaciones percibidas en Juzgados de lo Penal según si la víctima se persona o no como acusación particular⁵⁰. Se observa que el porcentaje de expedientes en los que se ha realizado algún pago es del 66,2% en el caso de haber acusación particular, frente al 60,9% cuando no la hay. Para averiguar si esta diferencia es significativa, se llevó a cabo un contraste Chi-cuadrado⁵¹, que ha resultado ser no significativo, por lo que se concluye que la acusación particular no tiene ningún efecto en la probabilidad del pago de las indemnizaciones en los juzgados de lo Penal de Madrid.

En lo que toca a la Audiencia Provincial, los resultados son diferentes sólo en lo relativo al pago parcial. En la Ilustración 38 se muestran los porcentajes de expedientes con indemnizaciones percibidas según si la víctima se persona o no como acusación

⁴⁹ Para ello, se ha realizado un contraste de comparación de medias, mediante el estadístico t-Student transformando previamente la variable para asegurar la hipótesis de normalidad de los datos. El valor del estadístico t-Student es de 1,229 con un p-valor asociado de 0,221. Se han asumido varianzas iguales, dado que se rechaza el contraste de Levene de igualdad de varianzas (F de Fisher de 0,239; p-valor de 0,625). En este caso, no se observan diferencias estadísticamente significativas.

⁵⁰ Porcentajes calculados sobre un total de 745 expedientes con información disponible.

⁵¹ El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 2,217 con un p-valor asociado de 0,137.

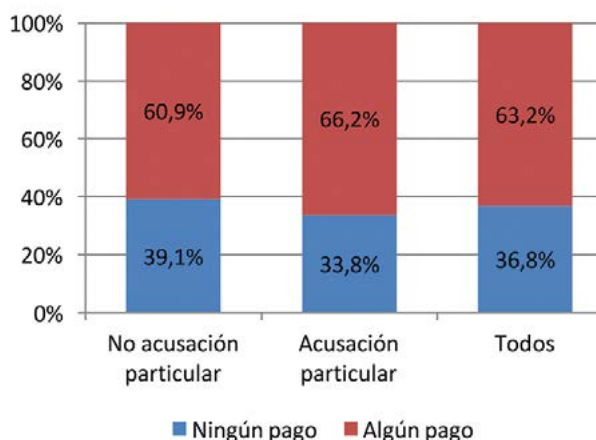


Ilustración 37. Influencia de la Acusación particular en el pago de las indemnizaciones. Juzgados de lo Penal de Madrid.

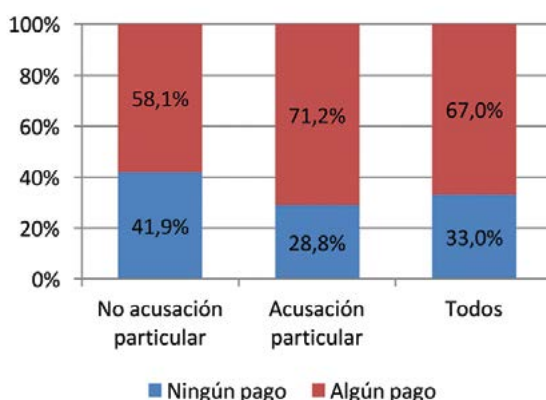


Ilustración 38. Influencia de la Acusación particular en el pago de las indemnizaciones. Secciones de la AP.

particular. Se observa que el porcentaje de expedientes en los que se realizó algún pago es del 71,2% en el caso de haber acusación particular, frente al 58,1% cuando no la hubo, y se concluye que la acusación particular podría tener algún efecto en la percepción de las indemnizaciones en las secciones de la AP de Madrid⁵², aunque dicho efecto es muy leve⁵³. Véase también la Ilustración 39. Tanto si hay acusación particular como

⁵² Para averiguar si esta diferencia es significativa, se llevó a cabo un contraste Chi-cuadrado. El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 3,299 con un p-valor asociado de 0,069. V de Cramer de 0,130. El resultado es significativo para un nivel de significación del 10%.

⁵³ Ello porque el estadístico V de Cramer determina un grado de asociación del 13% entre la existencia o no de acusación particular y la percepción o no de indemnización.

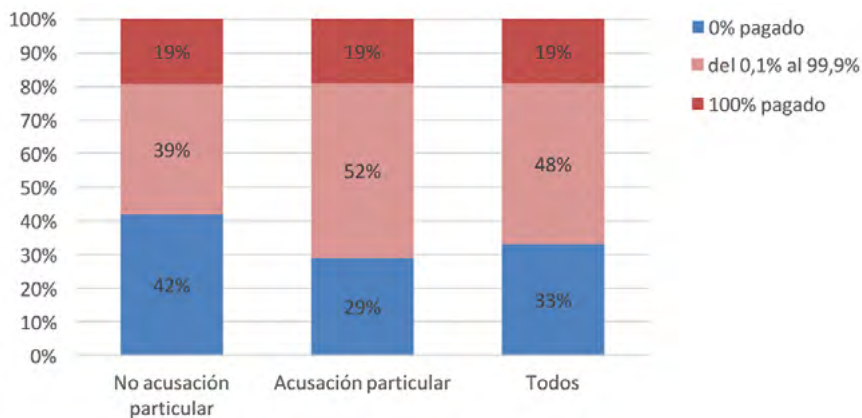


Ilustración 39. Porcentaje pagado en función de existencia de Acusación particular. Secciones de la AP.

si no, el porcentaje de expedientes donde figura el 100% abonado es del 19%, por lo que la acusación particular en la AP produce una mayor probabilidad de obtener un pago parcial, pero no total.

3.8.3. Responsable civil

En cuanto a la existencia de otro responsable civil distinto al ofensor, en el volumen de expedientes analizados durante el segundo estudio, sólo existía responsable civil subsidiario en el 5,1% de los casos.

Respecto de los pagos, su incidencia es menor: son efectuados por el propio condenado en el 97,5% de los casos, el 1,8% por el responsable civil y el 0,8% de las veces se dan otras situaciones.

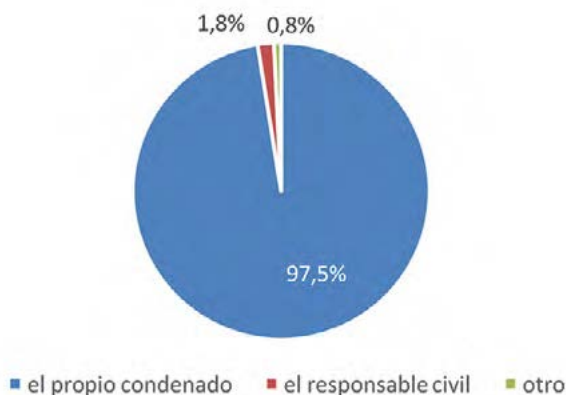


Ilustración 40. Persona que realiza el pago.

3.8.4. Pago único y pago fraccionado

En general, predomina el pago fraccionado, que se da en un 43,3% de los casos, seguido del pago único con el 25,3%. En el 31,3% de los expedientes de 2012, a finales de 2016 aún no constaba ningún pago.

La gran incidencia del pago fraccionado se debe probablemente a la incapacidad económica del condenado, y en la práctica no suele llevar al pago total, como veremos.

En la Ilustración 12 se aprecia que el porcentaje de expedientes pendientes de pago es muy similar tanto en la AP como en los juzgados de plaza de Castilla, Getafe Móstoles y Alcalá de Henares.

El pago total se consigue en un 44% de los expedientes, de los cuales el 59,7% lo realizan por pago único, y un 40,3% por pago fraccionado.

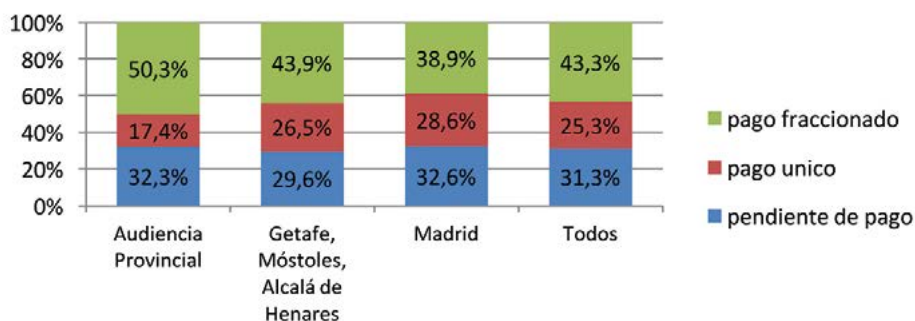


Ilustración 41. Tipo de pago en las indemnizaciones dictadas.

3.8.5. Incidencia de la conformidad

La conformidad es la manifestación más importante de la justicia negocial en el sistema español. Dado que el Ministerio Fiscal y la Acusación particular defienden los intereses de la víctima y tienen como objetivo la reparación, y el acusado se conforma también con la responsabilidad civil, es de esperar que cuando exista conformidad el pago de las indemnizaciones acordadas sea más eficaz.

Los datos obtenidos concuerdan con esta hipótesis en Audiencia Provincial, mientras que por el contrario señalan una nula incidencia de la conformidad en la efectividad del pago en Juzgados de lo Penal.

3.8.5.1. Juzgados de lo Penal

Respecto a los Juzgados de lo Penal, En la Ilustración 42 se muestran los porcentajes de expedientes de las indemnizaciones percibidas según si ha tenido lugar o no la

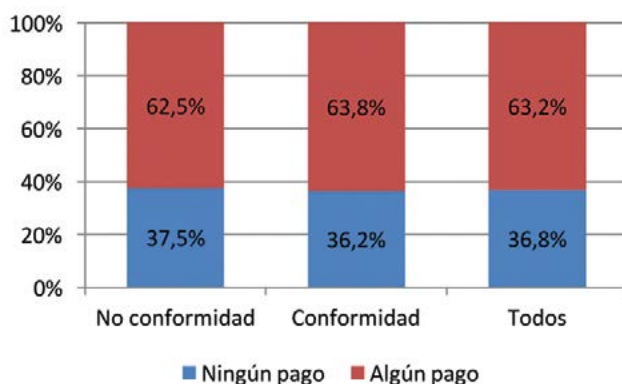


Ilustración 42. Influencia de la Conformidad en el pago de las indemnizaciones. Juzgados de lo Penal de Madrid.

Conformidad. Se observa que el porcentaje de expedientes en los que se ha efectuado algún pago es del 63,8% cuando hay conformidad y del 62,5% cuando no la hay, no existiendo relación de dependencia entre estas variables⁵⁴.

3.8.5.2. Audiencia Provincial

En lo correspondiente a la Audiencia Provincial, la Ilustración 43 contiene los porcentajes de expedientes con indemnizaciones percibidas según si hubo o no Conformidad. Se observa que el porcentaje de expedientes en los que se ha efectuado algún pago es del 81,6% cuando hay conformidad y del 63,5% en el caso de No conformidad. Según los resultados obtenidos la conformidad sí parece tener influencia en la probabilidad de pago de indemnizaciones en las secciones de la AP de Madrid, aunque dicho efecto no es elevado⁵⁵. Véase también la Ilustración 44. Nótese que el porcentaje de indemnizaciones pagadas al 100% es del 26,3% cuando hay conformidad frente al 17,3% cuando no la hay.

Parece entonces que en la Audiencia Provincial existe un mayor nivel de pago de las indemnizaciones si existe conformidad.

Respecto a las cantidades de las indemnizaciones percibidas, se desea averiguar si éstas son distintas en función de si hay o no conformidad. Para ello, se ha realizado un

⁵⁴ Para averiguar si esta diferencia es estadísticamente significativa, se ha llevado a cabo un contraste Chi-cuadrado cuyo resultado ha sido no significativo, concluyendo que la conformidad no tiene influencia en el pago de las indemnizaciones en los juzgados de lo Penal de Madrid. El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 0,120 con un p-valor asociado de 0,729.

⁵⁵ Para averiguar si esta diferencia es significativa, se ha llevado a cabo un contraste Chi-cuadrado cuyo resultado ha sido significativo: el valor del estadístico Chi-cuadrado es de 4,537 con un p-valor asociado de 0,033. V de Cramer de 0,153. El estadístico V de Cramer determina un grado de asociación del 15% entre la existencia o no de conformidad y la percepción o no de indemnización.

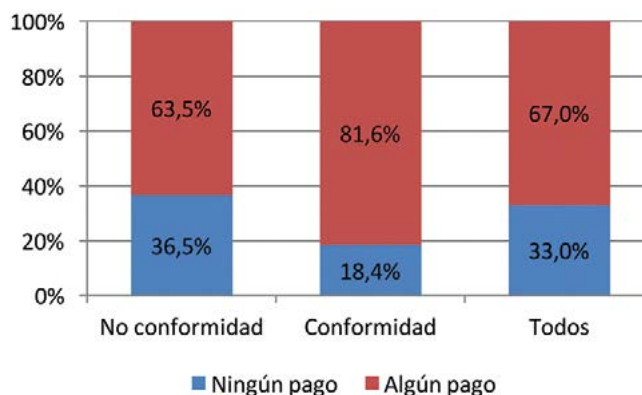


Ilustración 43. Influencia de la Conformidad en el pago de las indemnizaciones. Secciones de la AP.

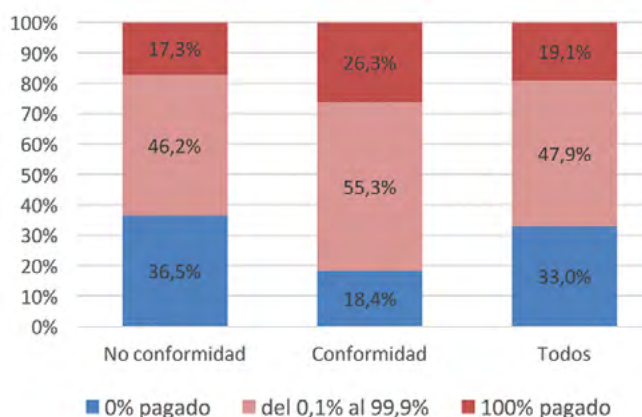


Ilustración 44. Porcentaje pagado en función de la Conformidad. Secciones de la AP.

contraste de comparación de medias, mediante el estadístico t-Student⁵⁶, transformando previamente la variable para asegurar la hipótesis de normalidad de los datos. La conclusión es que, efectivamente, existen diferencias entre la media de las cantidades pagadas en las indemnizaciones impuestas por los magistrados de las secciones de la AP de Madrid, siendo éstas superiores cuando hay conformidad.

3.8.6. Según clase de delito

Observamos que el pago es muy variado dependiendo del tipo de delito cometido: en los delitos contra el patrimonio como hurtos y robos las indemnizaciones dictadas

⁵⁶ El valor del estadístico t-Student es de 2,103 con un p-valor asociado de 0,037. Se han asumido varianzas iguales, dado que no se rechaza el contraste de Levene de igualdad de varianzas (F de Fisher de 0,231; p-valor de 0,631).

	Media indemnizaciones dictadas	Media indemnizaciones pagadas	Mediana indemnizaciones dictadas	Mediana indemnizaciones pagadas	Porcentaje medio pagado (mediana)
Delitos sexuales, delitos violentos	41.721,14€	4392,62€	10.202,40€	250€	23,66% (1,32%)
Estafa, apropiación indebida, defraudaciones	5.658.315,05€	13058,77€	10.702,17€	900€	38,52% (10,28%)
Hurtos, robos	1.752,90€	387,56€	281,00€	0€	41,78% (0,85%)
Lesiones, lesiones imprudentes, maltrato familiar	9.092,59€	3902,99€	3.125,50€	817€	53,10% (58,94%)
Resto de delitos	44.415,31€	4737,49€	369,00€	275€	52,21% (43,96%)
TODOS	1.030.007,89€	5325,36€	1.075,00€	270€	44,20% (14,97%)

Tabla 11. Medias y medianas de indemnizaciones dictadas y pagadas por grupos de delitos.

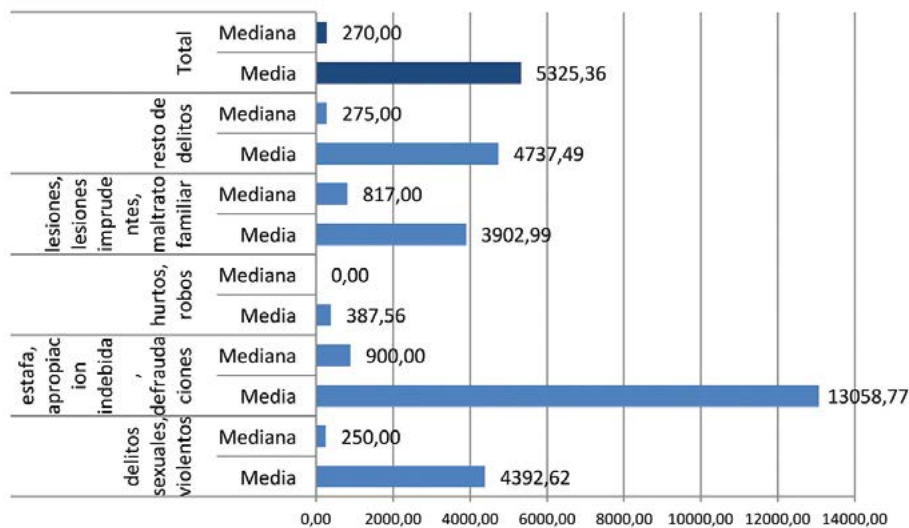


Ilustración 45. Media y mediana de las cantidades pagadas por tipo de delito.

son bajas, muchas de ellas se pagan al menos parcialmente, aunque muchas de las víctimas, al menos la mitad, no cobran nada. Esto puede apuntar a una dificultad estructural como que el perfil socio económico de la mayoría de los condenados se corresponda con niveles socio económicos muy bajos.

La situación es diferente en lo relativo a delitos que afectan al patrimonio como estafas y apropiaciones indebidas, en las que la media de las indemnizaciones dictadas es muy alta, y la media y mediana de las indemnizaciones pagadas es la más alta de todos los grupos de delito, si bien muy inferior a lo dictado.

La mejor relación entre indemnización dictada y pagada se da en el grupo de delitos contra la integridad como lesiones, lesiones imprudentes y maltrato familiar, en el

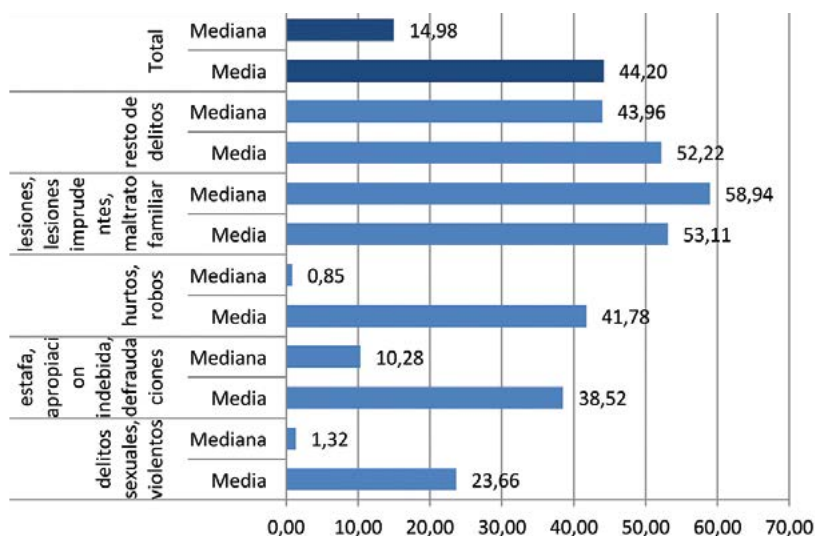


Ilustración 46. Media y mediana del porcentaje pagado de la indemnización dictada, según tipo de delito.

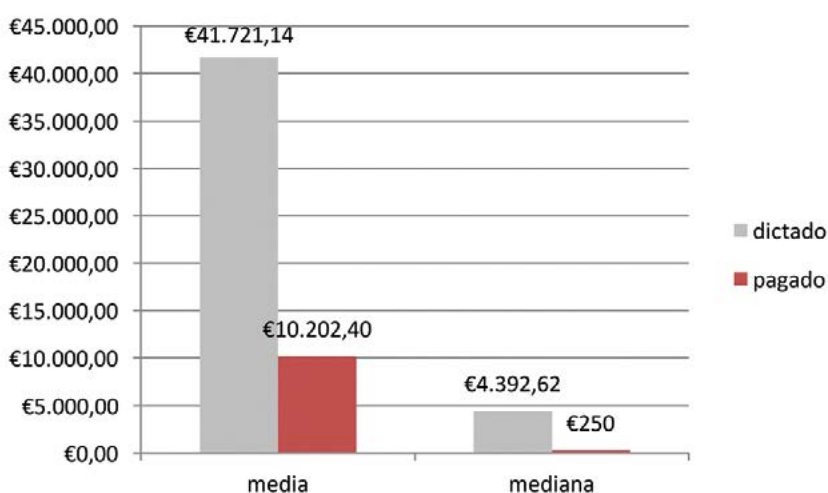


Ilustración 47. Media y mediana de las cantidades dictadas y pagadas en delitos sexuales y violentos.

que se paga de media cerca de la mitad de la indemnización y la mediana es muy alta, cerca del 60%.

La peor relación entre indemnización dictada y pagada se da en el grupo de delitos sexuales y violentos, en los que la media de porcentaje pagado es la más baja, inferior al 25%, y la mitad de las víctimas reciben menos de un 1,32% de la indemnización.

3.8.7. Reparación intrajudicial

Respecto de la Audiencia Provincial, único territorio en el que hay incidencia de la reparación intrajudicial, se ha estudiado su influencia en el pago efectivo, concluyéndose que no la hay.

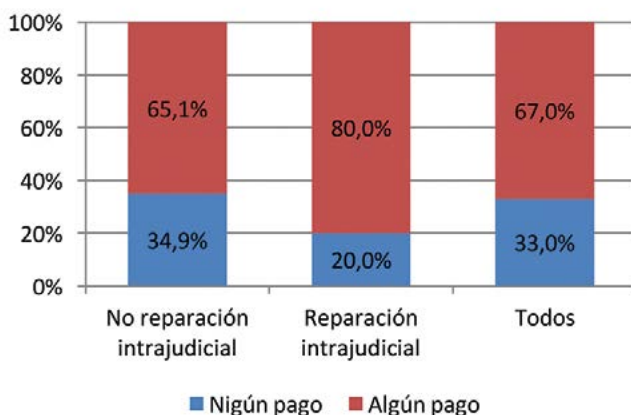


Ilustración 48. Influencia de la reparación intrajudicial en el pago de las indemnizaciones. Secciones de la AP.

La Ilustración 48 contiene los porcentajes de expedientes con indemnizaciones percibidas según si hubo o no reparación intrajudicial. Se observa que el porcentaje de expedientes en los que se realizó algún pago es del 80,0% cuando hubo reparación intrajudicial y del 65,1% cuando no la hubo. Sin embargo, esta diferencia no es estadísticamente significativa⁵⁷, por lo que se concluye que la reparación intrajudicial no tuvo influencia en el pago de las indemnizaciones impuestas en las secciones de la AP de Madrid.

3.8.8. Insolvencia

En lo que concierne a la insolvencia, hay un alto número de personas declaradas insolventes: en relación con el primer estudio, en el 33,4% de los expedientes todos los condenados fueron declarados insolventes, frente a un 62,8% en los que por lo menos

⁵⁷ El valor del estadístico Chi-cuadrado es de 2,190 con un p-valor asociado de 0,139.

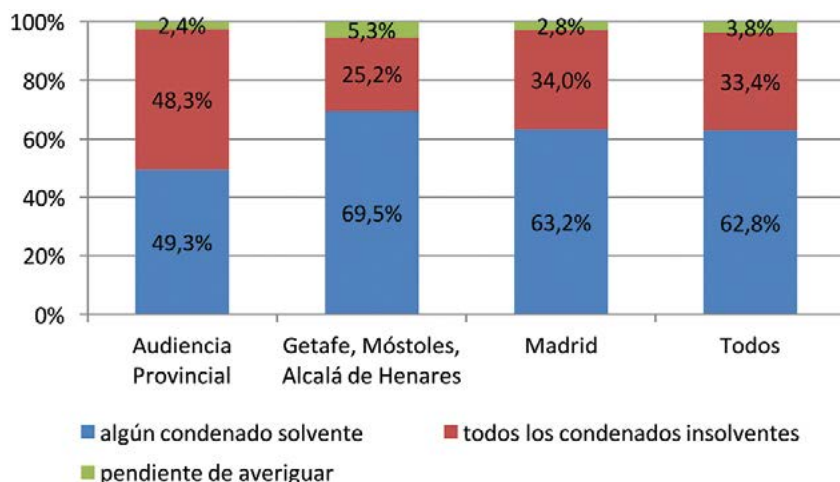


Ilustración 49. Insolvencia en los expedientes de ejecutorias de 2012.

uno de los condenados era solvente. En el 3,8% de los expedientes aún está por averiguar la solvencia/insolvencia de los condenados. Véase la Ilustración 49.

Los expedientes de la AP presentan un mayor grado de insolvencia, y podríamos cuestionar si esto está relacionado con el perfil del condenado, con un tratamiento procedimental o procesal de la cuestión económica o con la elevada cuantía de las indemnizaciones en la AP, entre otros factores.

En el segundo estudio, se han obtenido porcentajes de solvencia/insolvencia similares. En concreto, en el 34,0% de los expedientes todos los condenados fueron declarados insolventes, frente a un 64,6% en los que por lo menos uno de los condenados era solvente. En el 0,6% de los casos no se declara insolvente, pero se señala que no se encuentran bienes y en el 0,8% de los casos aún está por averiguar la solvencia/insolvencia de los condenados.

3.9. Los tiempos en la ejecución penal

El tiempo es un factor muy relevante para determinar la eficacia de la Justicia. Se han medido los tiempos entre comisión del ilícito y sentencia firme y entre sentencia firme y otros hitos como el archivo o el primer pago.

3.9.1. Entre comisión del ilícito y sentencia firme

Los datos obtenidos en el segundo estudio reflejan que el tiempo transcurrido entre la fecha del ilícito y la firmeza de la sentencia oscila entre un mínimo de 0 días hasta

	Expedientes	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
AP	374	1467.7	1201.5	61	3840
Getafe	408	1301.6	1330	0	3973
Madrid	434	1284.5	1169	1	3976
Todos	1216	1346.6	1218.5	0	3976

Tabla 12. Tiempos entre ilícito y firmeza en territorios. Segundo estudio.

un máximo de 3976 días (10,9 años), con una media de 1346,6 días (3,7 años), y para la mitad de los expedientes analizados este tiempo no supera los 1218,5 días (3,3 años).

La media de tiempo que transcurre entre el ilícito y la firmeza de la sentencia es para Juzgados de lo Penal de 1326,1 días (3,6 años) y para la Audiencia Provincial de 1467,7 días (4 años).

La Tabla 12 contiene estos descriptivos por partidos judiciales:

Con el fin de verificar si las diferencias que se observan desde el punto de vista descriptivo son estadísticamente significativas, se ha llevado a cabo el contraste de Kruskal-Wallis de comparación de distribuciones (dado que no se cumple la hipótesis de normalidad). Puesto que el p-valor asociado a este contraste es de 0,035, para un nivel de confianza del 95% podría concluirse que parecen existir diferencias significativas en el tiempo transcurrido entre la comisión del ilícito y la fecha de sentencia firme, según el partido judicial. En la Audiencia Provincial es donde se observa más disparidad en los tiempos, seguido de JP Getafe y de JP Madrid.

3.9.2. Entre sentencia firme e inicio de la ejecución

Respecto de las ejecutorias de 2012, el tiempo medio transcurrido entre la fecha de sentencia firme y la fecha de inicio del expediente de ejecución fue de 76,7 días, aunque en el 50% de los expedientes este tiempo fue inferior a los 37 días. El tiempo máximo transcurrido entre la fecha de sentencia firme y el inicio de la ejecución fue de 2246 días (6,15 años).

Los datos que lastran los plazos medios son los de los juzgados de lo Penal de Madrid, en los que el tiempo medio para el inicio de la ejecución fue de 79,5 días, aunque el 50% de sus expedientes empezaron a ejecutarse antes de los 52 días. En los juzgados de lo Penal de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares, el tiempo medio para el inicio de ejecución fue algo más corto, de 77,9, con una mediana de 26 días.

En la AP de Madrid, el tiempo medio para el inicio del expediente fue de 67,3 días y la mitad de sus expedientes empiezan a ejecutarse antes de 28 días. Véase la Tabla 13.

Los resultados del segundo estudio reflejan unos plazos algo más cortos. El tiempo transcurrido entre la fecha de sentencia firme y el inicio de la ejecución va desde un

	Expedientes	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
Audiencia Provincial	226	67,3	28,0	0	1116
Getafe, Móstoles, Alcalá de Henares	624	77,9	26,0	0	1161
Madrid	523	79,5	52,0	0	2246
Todos	1373	76,7	37,0	0	2246

Tabla 13. Días transcurridos entre la fecha de sentencia firme y el inicio del expediente de ejecución. Primer estudio.

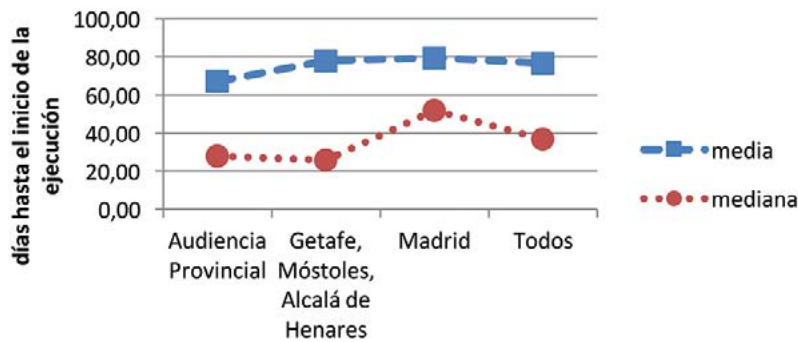


Ilustración 50. Días transcurridos entre la fecha de sentencia firme y el inicio del expediente de ejecución. Primer estudio.

	Expedientes	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
AP	380	40.2	14.5	0	813
Getafe	404	71.0	32.5	0	896
Madrid	437	75.6	53	0	2451
Todos	1221	63.1	35	0	2451

Tabla 14. Días transcurridos entre la fecha de sentencia firme y el inicio del expediente de ejecución. Segundo estudio.

mínimo de 0 días hasta un máximo de 2451 días (6,7 años), con una media de 63,1 días. Para la mitad de los expedientes analizados este tiempo no supera los 35 días. La Tabla 14 contiene estos descriptivos por partidos judiciales.

Para constatar si las diferencias que se observan desde el punto de vista descriptivo son estadísticamente significativas, se ha llevado a cabo el contraste de Kruskal-Wallis de comparación de distribuciones (dado que no se cumple la hipótesis de normalidad). En este caso, se ha obtenido un p-valor de 0,00, indicando que existen diferencias sig-

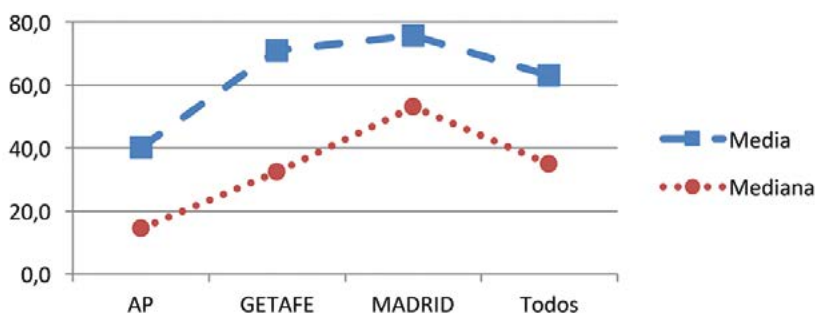


Ilustración 51. Días transcurridos entre la fecha de sentencia firme y el inicio del expediente de ejecución. Segundo estudio.

nificativas en el tiempo transcurrido entre la fecha de sentencia firme y el inicio de la ejecución, según el partido judicial. En JP Madrid es donde se observa más disparidad en los tiempos, seguido de JP Getafe y de la AP.

3.9.3. Entre el inicio de la ejecución y el archivo

En el primer estudio se refleja que el tiempo medio transcurrido entre la fecha de inicio del expediente de ejecución y su archivo definitivo es de 605 días (1,66 años), siendo superior a los 628 días (1,7 años) en el 50% de los casos.

En los juzgados de lo Penal de Madrid (Plaza de Castilla), el tiempo medio para el archivo definitivo es de 503,3 días (1,4 años), aunque el 50% de sus expedientes se archivan antes los 1,26 años. En los juzgados de lo Penal de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares, el tiempo medio para el archivo del expediente es de 674,6 días (1,8 años), siendo superior a 1,98 años en el 50% de los casos. En la AP de Madrid, el tiempo medio para el archivo del expediente es de 801,9 días (unos 2,2 años) y la mitad de sus expedientes no se archivan antes de los 2,47 años. Véase la Tabla 15 y la Ilustración 52.

Los datos del segundo estudio reflejan una media de 403,8 días (1,1 años o 13 meses), unos plazos más cortos que en el primer estudio. La mediana es de práctica-

	Expedientes	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
Audiencia Provincial	17	801,9	901,0	80	1223
Getafe, Móstoles, Alcalá de Henares	327	674,6	721,0	0	2355
Madrid	257	503,3	460,0	0	1352
Todos	601	605,0	628,0	0	2355

Tabla 15. Días transcurridos entre inicio de ejecución y archivo. Primer estudio.

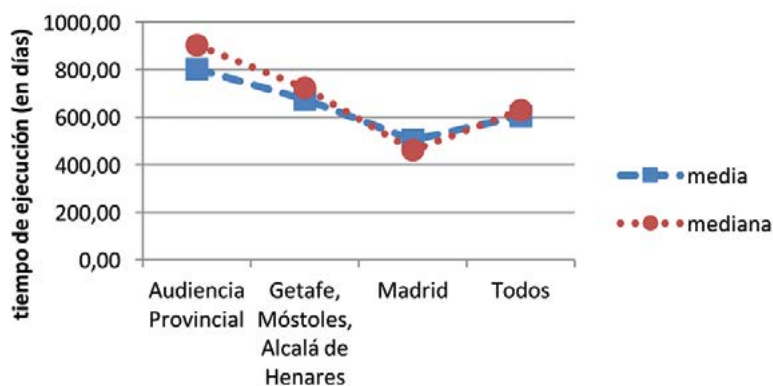


Ilustración 52. Días transcurridos entre la fecha de inicio y la fecha de archivo del expediente de ejecución. Primer estudio.

	Expedientes	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
AP	113	365,3	236	11	1108
Getafe	228	403,3	379,5	0	1021
Madrid	175	429,4	365	7	1002
Todos	516	403,8	351	0	1108

Tabla 16. Días transcurridos entre la fecha de inicio y la fecha de archivo del expediente de ejecución. Segundo estudio.

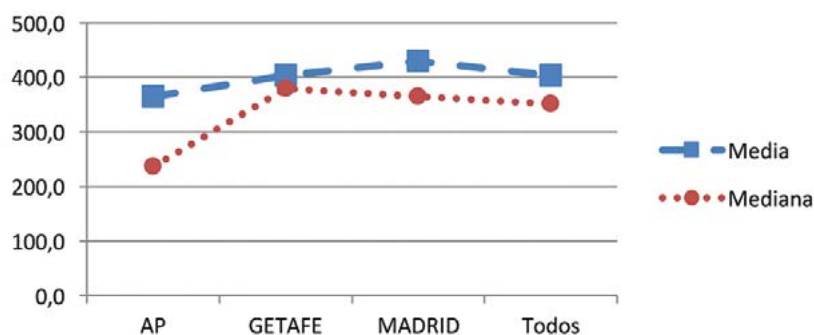


Ilustración 53. Días transcurridos entre la fecha de inicio y la fecha de archivo del expediente de ejecución. Segundo estudio.

mente un año, 351 días. La Tabla 16 e Ilustración 53 contienen estos descriptivos por partidos judiciales.

Igual que antes, se ha querido verificar si existen diferencias estadísticamente significativas. Para ello se utiliza de nuevo el contraste de Kruskal-Wallis de comparación de distribuciones (dado que no se cumple la hipótesis de normalidad), obteniendo un

p-valor de 0,089, indicado que no hay evidencia estadística suficiente para poder afirmar (con un nivel de confianza del 95%) que el tiempo de duración de la ejecución se distribuya de forma distinta según el partido judicial.

3.9.4. Entre la sentencia firme y el primer pago que recibe la víctima

De los datos recogidos en el segundo estudio se observa que el tiempo transcurrido desde la fecha de sentencia firme hasta que la víctima recibe el primer pago de la indemnización oscila entre un mínimo de 0 días hasta un máximo de 1312 días (3,6 años), con una media de 207,9 días y una mediana de 122 días.

Es interesante observar que de 1222 expedientes que inician la ejecución solamente se consigue algún pago en 572 de ellos, es decir, en el 46,8%. La Tabla 17 contiene algunos descriptivos numéricos por partidos judiciales.

	Expedientes con pago	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
AP	214	261.9	129.5	1	1312
Getafe	104	145.6	67.5	0	772
Madrid	254	188.0	134.5	0	844
Todos	572	207.9	122	0	1312

Tabla 17. Días entre sentencia firme y primer pago. Segundo estudio.

De nuevo, para averiguar si existen diferencias estadísticamente significativas se lleva a cabo el contraste de Kruskal-Wallis de comparación de distribuciones (dado que no se cumple la hipótesis de normalidad), obteniendo un p-valor de 0,000, indicado que hay evidencia estadística suficiente para poder afirmar que existen diferencias en el tiempo que transcurre desde la fecha de sentencia firme hasta que la víctima recibe el primer pago, según el partido judicial. En JP Madrid es donde se observa más disparidad en los tiempos, seguido de la AP y de JP de Getafe. Por tanto, los JP de Getafe parecen ser los más efectivos en lograr el primer pago de las indemnizaciones.

Así, se observa que en el 53,2% de los casos las víctimas del segundo estudio no reciben ningún pago, y que el 46,8% de las víctimas que logran recibir algún pago, esperan de media unos 200 días para obtener un primer pago (que puede ser total o parcial).

Si sumamos los períodos, observamos que:

- En cerca de la mitad de los casos las víctimas que obtienen indemnización en la sentencia condenatoria no reciben ningún pago,
- En el 46,8% de los casos las víctimas reciben algún pago, esperando de media para ello:

- 1346 días desde la comisión del delito hasta la sentencia firme,
 - 207 días desde la sentencia firme hasta el primer pago.
- Lo que supone que la víctima que consigue cobrar algo (46,8%) espera desde el día de la comisión del delito hasta el primer cobro 1553 días (de media), que son 51,7 meses o 4 años y 4 meses.
- Para este 46,8% de los asuntos, el pago realizado será de 6583,51€, en media, y de 772,5€, en mediana.

3.10. La penas

Se estudia la relación entre pena privativa y pago, y entrada en prisión y pago.

3.10.1. Pago y pena privativa de libertad

Los resultados apuntan que hay mayor incidencia de pago cuando el condenado no tiene que ingresar en prisión.

En el primer estudio en 82,0% de los expedientes constaba como impuesta una pena privativa de libertad. En concreto, esto ocurría en el 97,0% de los expedientes de la AP, en el 83,3% de los expedientes de plaza de Castilla y en el 75,5% de los expedientes de Getafe, Móstoles y Alcalá de Henares.

Por otro lado, en 893 de los expedientes de ejecutorias de 2012 se dictaron indemnizaciones (esto es, en el 61,6% de los expedientes estudiados). Para estos, se impuso pena privativa de libertad en 759 de ellos, es decir en el 85% de ellos. Para observar la relación entre pago y pena privativa de libertad, la Ilustración 54 contiene los porcentajes de expedientes en los que se realizó algún pago de las indemnizaciones impuestas,

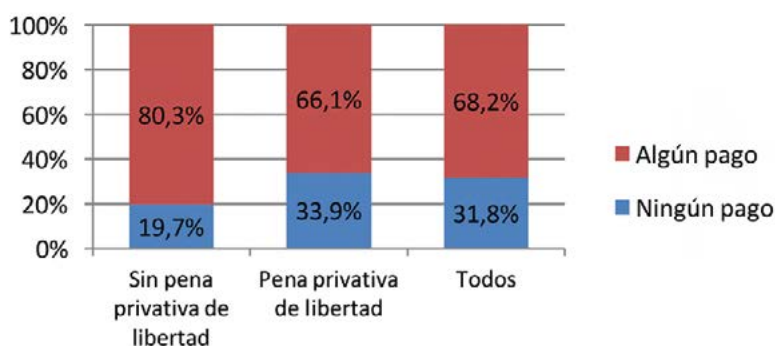


Ilustración 54. Pagos en expedientes con y sin pena privativa de libertad. Primer estudio.

según si se había dictado o no pena privativa de libertad. El porcentaje de impagos es superior cuando hay pena privativa de libertad (33,9% frente al 19,7%).

Como se refleja en la Ilustración 55, los no pagadores son una mayoría de los que están en busca y captura (69%), y cerca de la mitad de los que están en cumplimiento de la pena (46%). Por el contrario, los que se encuentran con la pena suspensa o sustituida y los que no tienen pena privativa de libertad realizan algún pago en un 80%.

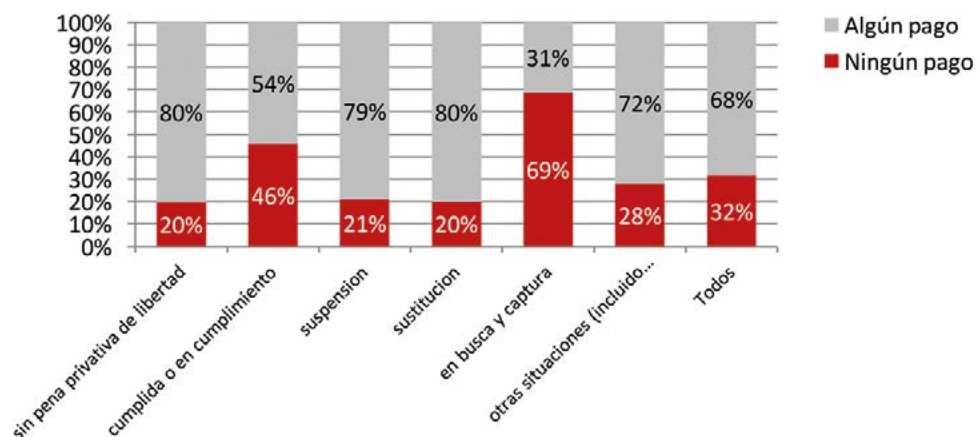


Ilustración 55. Pagos y pena privativa de libertad. Primer estudio.

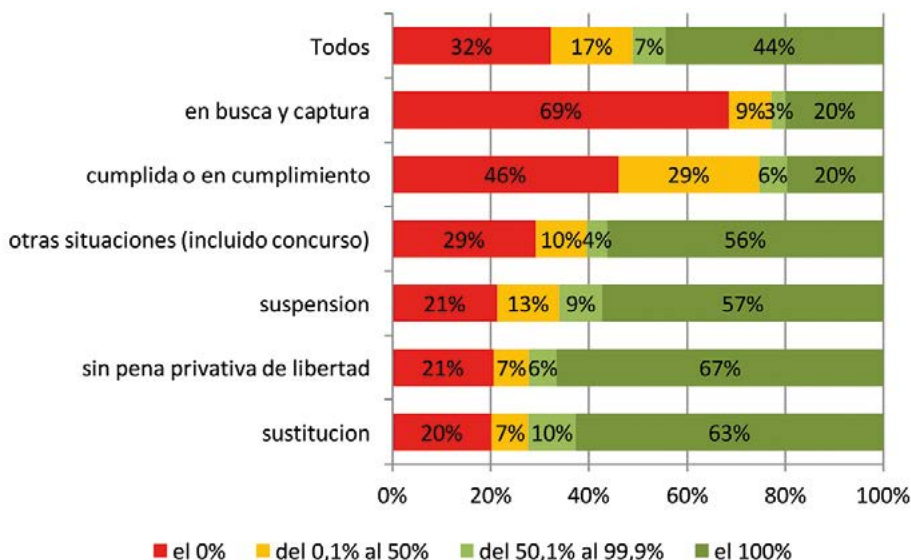


Ilustración 56. Influencia del estado de la pena privativa de libertad en el porcentaje pagado de indemnización. Primer estudio.

Podemos concluir que es más probable algún pago si el sujeto no es condenado a prisión, o bien tiene la pena sustituida o suspensa.

Además, el pago total de la indemnización tiene más incidencia entre los no condenados a prisión, y los que han visto suspendida o sustituida la pena privativa: cuando la pena está en cumplimiento o cumplida, o el condenado se encuentra en busca y captura el pago del total se produce en un 20% de los casos, frente al pago total de los que tienen la pena suspendida en un 57%, en sustitución en un 63%, y cuando no concurre pena privativa de libertad, en un 67% (véase la Ilustración 56).

Los porcentajes de impago son similares en el segundo estudio, siendo del 69% en caso de busca y captura, del 46% cuando se está cumpliendo o ya esté cumplida la pena, del 22% para los casos en que no hubo pena privativa de libertad, del 18% cuando se sustituyó la pena y del 15% cuando se encuentra suspendida.



Ilustración 57. Influencia del estado de la pena privativa de libertad en algún pago. Segundo estudio.

3.10.2. La suspensión de la pena privativa de libertad

Respecto al estado del cumplimiento de las penas, en el 39,3% de los expedientes éstas estaban cumplidas o en cumplimiento, en el 34,4% se habían suspendido, en el 13,8% fueron sustituidas, y en un 5,4% de los casos los condenados estaban en busca y captura. Véanse la Ilustración 58 e Ilustración 59.

Es muy interesante observar que existe un número importante de asuntos en los que la pena se sustituye en los Juzgados de lo Penal, siendo marginal la sustitución en la Audiencia Provincial, dato lógico dado que se establece para penas más cortas de privación de libertad, más habitual en el Juzgado de lo Penal. Por el contrario, sí es muy relevante la suspensión en la Audiencia Provincial.

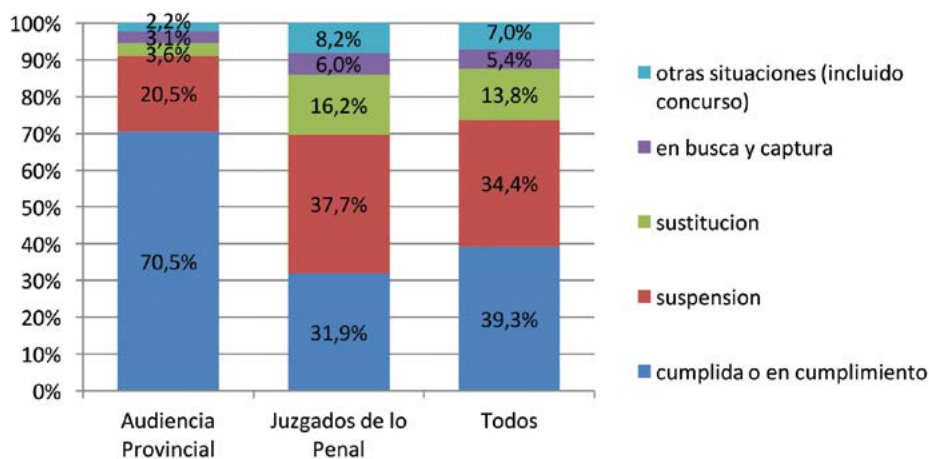


Ilustración 58. Estado del cumplimiento de la pena privativa de libertad en las ejecutorias de 2012.

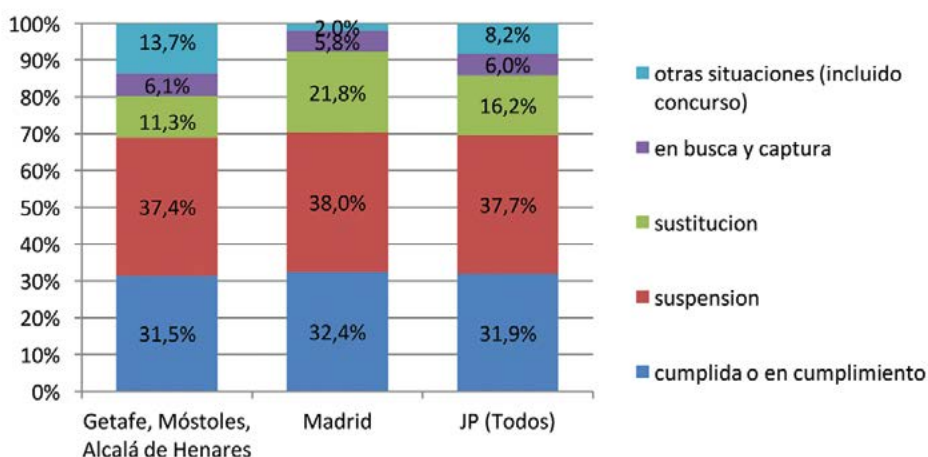


Ilustración 59. Estado del cumplimiento de la pena privativa de libertad en las ejecutorias de 2012. Juzgados de lo Penal.

Es interesante destacar que el comportamiento de los Juzgados de lo Penal es muy diferente en lo relativo a la sustitución de la pena. Se observa que en los Juzgados de Plaza Castilla se decide la sustitución el doble que en los Juzgados de la periferia. Por el contrario, las decisiones sobre suspensión son análogas en los dos grupos de órganos.

De los 1308 expedientes, se establecieron penas privativas de libertad en 1133 de ellos, es decir, en el 86,6% de los casos. Para los que se dictaron penas privativas de libertad, 405 entraron en prisión, esto es el 35,7% (o el 31% sobre el total de expedientes). Para estos últimos, se concedió el tercer grado en 22 ocasiones, es decir, para el 5,4% de las personas que estaban en prisión (o el 1,7% sobre el total de expedientes).

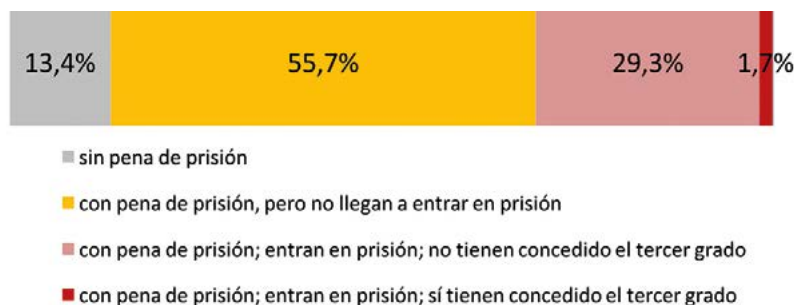


Ilustración 60. Situación personal. Segundo estudio.

Globalmente, se observa que las penas privativas de libertad originariamente contenidas en sentencia se cumplen en un 31,9% en Juzgado de lo Penal, con un índice muy alto de suspensión y sustitución, casi un 54% de las condenas. En la Audiencia Provincial la suspensión y sustitución es sólo de un 24,1% y el cumplimiento del 70,5%, lo que puede parecer una tasa baja de sustitución y suspensión, sin embargo, dada su competencia, para delitos con pena privativa superior a 5 años, supone que en la práctica sea una tasa bastante alta.

3.11. Sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil

Observamos que se toman medidas cautelares reales en muy pocos asuntos: a partir de los expedientes analizados en el segundo estudio, podemos concluir que sólo se adoptaron medidas cautelares patrimoniales en 15,1% de los casos.

Por partidos judiciales, en los asuntos competencia de la Audiencia Provincial se adoptaron estas medidas el 14,4% de las veces y en los de los Juzgados de lo Penal el

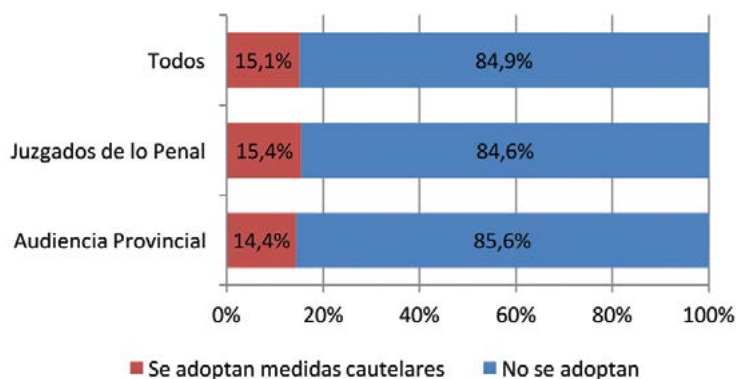


Ilustración 61. Adopción de medidas cautelares en expedientes con indemnización.

15,4%, es decir, con una frecuencia análoga. Lo habitual será que la medida cautelar sea adoptada en los dos grupos de asuntos por el mismo órgano, el Juzgado de Instrucción.

Respecto a las cantidades depositadas, éstas van desde los 40€ hasta los 150.000€, con una media de 7499,77€ y una mediana de 1830€.

3.12. La indemnización en el recurso

La indemnización recogida en la sentencia de primera instancia se suele mantener en la sentencia de apelación o de casación: de los 1308 expedientes sólo hubo modificaciones en 22 de ellos, es decir, únicamente en el 1,7% de los casos.

CONCLUSIONES

A partir de los resultados de nuestros dos estudios hemos concluido que:

- La indemnización recogida en sentencia no se suele cobrar: menos de la mitad de las víctimas cobrarán toda la indemnización, y un tercio de las víctimas no cobran nada.
- Los plazos entre la comisión del delito y el cobro, para los casos en los que se cobra alguna parte de la indemnización o toda, es de cerca de 5 años de media para los que consiguen algún pago.
- Existe mayor probabilidad de cobro cuando el condenado no ingresa en prisión
- Cuando hay conformidad solo hay mayor probabilidad de cobro en Audiencia Provincial. Esto supone que o bien estructuralmente se incentiva el pago en la conformidad o bien porque hay una actividad extra en la AP por parte del acusador. Se puede intuir que el Fiscal o la acusación particular en la Audiencia provincial exige el pago o la consignación previa a la conformidad. Todo apunta a que en España el uso de la conformidad sigue una estrategia de reducción de costes y que no ejerce influencia el fin reparativo.
- La participación de la acusación particular no es generalizada en el proceso penal (cerca del 35% en Juzgado de lo Penal y del 63% en AP). Los factores que pueden justificar esta baja participación pueden ser, entre otros, factores emocionales, factores materiales, o factores informativos. Entre los emocionales, pueden encontrarse el estrés, el miedo al agresor, el querer olvidar. Entre los factores informativos, una inadecuada información sobre sus derechos y posibles resultados del proceso. Entre los factores estratégicos, y posiblemente combinado con los anteriores, la cuestión de ser informado de que el Ministerio Fiscal defenderá sus intereses en juicio.

- Cuando hay acusación particular la cuantía de la pena es más alta, por lo que la participación activa a través de acusación particular durante el proceso es muy relevante para obtener un mejor resultado para la víctima.
- La acusación particular no incide en la conformidad por lo que parece que la acusación particular apoya la línea estratégica de la fiscalía o consensua con ésta la conveniencia o no de la conformidad.
- Hay una mayor tendencia a establecer indemnización en Audiencia Provincial que en Juzgados de lo Penal, y ello puede deberse a diversos factores como que los tipos delictivos enjuiciados conllevan una mayor probabilidad de existencia de víctima a la que indemnizar, o que la Fiscalía realiza un mejor trabajo en lo relativo a la indemnización, entre otros
- Se evidencia una menor tendencia a establecer indemnización en los Juzgados de la periferia que en los de la capital, que puede apuntar a distintos factores como la menor tasa de participación de la Acusación Particular o una distinta estrategia del Ministerio Fiscal en la solicitud y argumentación relativa a la indemnización.
- Respecto de las indemnizaciones contenidas en sentencia de Juzgado de lo Penal, son más altas en periferia, 7.623,01€ de media, frente a la media de 4.840,79€ de las ejecutorias de Plaza Castilla. Esta diferencia es significativa, y probablemente se justifica por un mayor número de hurtos y robos, que incluyen indemnizaciones más bajas, o por otras causas como una política de reclamación de indemnizaciones por parte de Fiscalía o Abogados de oficio diferente en los partidos judiciales o una homogenización de cuantías por de alguno de los territorios, consciente o inconsciente.
- Las cuantías de las indemnizaciones recibidas son muy inferiores respecto de las dictadas en media y mediana en Audiencia Provincial, la diferencia es menor en Juzgados de lo Penal, y son muy variables dependiendo del tipo delictivo. Las víctimas de delitos sexuales y violentos son las que menos posibilidad de cobro tienen.
- Las víctimas de delitos enjuiciados por Audiencia Provincial tienen una posibilidad de cobro total muy inferior que las de Juzgado de lo Penal, probablemente porque son indemnizaciones altas y también muchos de los condenados ingresan en prisión, factores que perjudican las posibilidades de cobro.
- La mediana de cobro en todos los casos es de cerca de 300 euros, esto significa que la mitad de las víctimas que han obtenido en una sentencia un pronunciamiento indemnizatorio cobran menos de 300 euros. En el caso de los delitos sexuales la mediana es aún menor.
- El pago fraccionado es el pago más habitual. De todos los pagos totales, los fraccionados suponen un 40% aproximadamente. En un 68% de los casos se realiza algún pago, lo que nos lleva a concluir que en la mayoría de los casos se realiza algún pequeño pago, probablemente para conseguir algún beneficio de carácter penal, procesal o penitenciario.

- La acusación particular no influye en la posibilidad del cobro de la cuantía, y ello puede deberse a que o bien la acusación no realiza actividad tendente a la ejecución –poco probable–, o bien porque la actividad ejecutiva no es conducente. Ello se podría deber a que, a) el Fiscal hace un trabajo inmejorable, o, b) la acusación particular no aporta valor en la ejecución en cuanto a cobro. Es posible que en la eficacia de la reparación no influya la actividad procesal que puedan realizar abogado particular o Fiscal, por factores estructurales. Estos factores estructurales pueden ser: falta de capacidad económica del condenado, falta de actividad adecuada de los órganos y personas competentes o falta de herramientas adecuadas por los órganos competentes.
- El resultado de cobro de los juzgados de la periferia, que tienen una carga menor de trabajo, no es mejor que el de los juzgados especializados en ejecución de la capital. Esta circunstancia supone que, aunque se realicen más actividades concretas de investigación y de intimación al pago, los resultados globales son análogos, dadas las dificultades estructurales.
- Los mecanismos de aseguramiento de la responsabilidad civil no se utilizan. Concretamente, en la mayoría de los casos no se adoptan medidas cautelares en la fase de instrucción, y solamente se hace en un 15% de los casos.
- La Administración Pública no consigue un mejor resultado que los particulares, al contrario, es peor.
- No hay relevancia de pago de aseguradoras y otros responsables civiles subsidiarios.
- La persona jurídica es más habitualmente víctima que condenado
- El género masculino predomina como agresor en todos los delitos, y el femenino como víctima únicamente en los delitos de carácter sexual. La nacionalidad predominante es la española tanto en condenados como víctimas.
- El cobro es más probable en cuantías indemnizatorias de hasta 1600 euros. Esto apunta a que si la cuantía es muy alta, el obligado al pago no se ve capaz de realizar el pago, y que, por el contrario, si es asequible, el condenado prefiere realizar el pago que mantenerse en el incumplimiento.
- Es más probable el cobro si el sujeto no entra en prisión: la pena impuesta no es privativa de libertad o se suspende o sustituye la pena privativa.
- El llamado punto neutro judicial es insuficiente para realizar una eficaz búsqueda de bienes. Los datos ofrecidos por Hacienda en ese punto neutro se limitan a datos de renta del último año que dispongan, lo que no es operativo en la práctica, y, además, la búsqueda de bienes se suele hacerse en ejecución, cuando han pasado varios años desde el hecho delictivo, lo que facilita la evasión.
- Cuando las actividades de ejecución son ineficaces en la mayoría de los casos los condenados al pago son insolventes, bien porque siempre lo han sido, bien porque se han situado voluntariamente en una situación de insolvencia para impedir la ejecución sobre sus bienes.

- En los Juzgados en los que el Letrado de la Administración de Justicia realiza un seguimiento muy cercano de los casos no se obtienen mejores resultados en cuantía, sí en tiempos de espera. En todo caso, es posible que en cuando existen pequeños pagos periódicos por parte del condenado la víctima se encuentre mejor reparada, a nivel emocional, que si no recibe nada. Que se obtengan resultados análogos en Juzgados súper saturados como Plaza Castilla y en el extrarradio apunta una dificultad estructural en la ejecución: las actividades procesales no son conducentes, bien por falta de instrumentos adecuados, actividad o por inexistencia de bienes de los obligados al pago, que, por otra parte, no han sido asegurados desde la instrucción.
- La sustitución de las penas y la suspensión son muy altas en los Juzgados de lo Penal, y ello puede tener influencia en una mejor probabilidad de cobro, ya que la entrada en prisión no favorece el pago.
- La mediación penal no tiene relevancia estadística para los años estudiados.
- La cuantía de la indemnización se mantiene en prácticamente la totalidad de las sentencias apeladas, lo que puede apuntar a una muy eficaz valoración por parte del juzgador de instancia, o a la poca relevancia de la cuestión económica en el recurso para todos o algunos de los operadores.
- La tardanza en la respuesta supone, por una parte, un alto número de prescripciones y por otra, la situación de insolvencia sobrevenida y forzada de muchos de los condenados que no fueran insolventes previamente.

Por otra parte, aunque no se ha abordado en este estudio, el pago de ayudas por el sistema público establecido por la ley de 1995 –salvado el sistema especial para víctimas del terrorismo– por factores de complejidad, información u otros, es de carácter anecdótico y no produce una auténtica reparación a la víctima.

Por todo ello podemos concluir que la ejecución de la sentencia en lo que toca a la reparación económica de la víctima es insatisfactoria, y que los requisitos, procedimientos y prácticas habituales habrán de ser estudiadas y modificadas para alcanzar los compromisos jurídicos internacionales, por una parte, y las exigencias de la sociedad española contemporánea, procurando una reparación eficaz a los ciudadanos víctimas de delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant, Valencia, 2006
- DE HOYOS SANCHO, *El ejercicio de la acción penal por la víctima*, Pamplona, Aranzadi, 2016
- FERNÁNDEZ FUSTES, M.D. *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant, Valencia, 2004

- FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005
- FONT SERRA, E. “Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal”, *RJC*, núm. 4, 1988, págs. 939-950.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., *Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el sistema de Justicia Penal*, Boletín del Ministerio de justicia, enero de 2015
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Universidad de Sevilla, Tesis Doctoral, 2015
- GARRIDO MAYOL, V., “La reparación a las víctimas del Terrorismo: de la responsabilidad a la solidaridad”, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, CATALÀ I BAS dir., Valencia: Universidad de Valencia, 2013
- GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Pamplona, Aranzadi, 2015.
- HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo” en *Indret*, 4/2014.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre 2013, págs. 209-226.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., “La acción de responsabilidad civil ejercitada tras actuaciones penales”, *CDJ*, 1993, núm. 19, págs. 81-141.
- MARTÍN RÍOS, M.P., “La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español”, en *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* Vol II, n.3, Septiembre-diciembre 2008.
- ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- PERULERO, D., “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en SOLETO MUÑOZ dir., *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid: 2013.
- “Hacia un modelo de justicia restaurativa: mediación penal”, en SOLETO MUÑOZ codir., *Sobre la mediación penal : posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*, Navarra: Aranzadi, 2012.
- QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*, Aranzadi, 2002.
- SILVA MELERO, V., “El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal”, *RGLJ*, núm. 188, diciembre, t. XX, 1950, págs. 635-659.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como medio complementario a la justicia tradicional”, en *Sobre la mediación penal*, GARCIANDÍA y SOLETO dirs., 2012, Pamplona, Aranzadi.

- SOLETO MUÑOZ, H. “Development and resistance in south Europe Justice systems to restorative justice”, en *Contemporary tendencies in Mediation* (Dalla Bernardina y Loss coors.), Madrid, Dykinson, 2015
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “El ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, *CDJ*, XVIII, mayo, 1994, págs. 105-137.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

- European judicial systems: efficiency and quality of justice, Estudio del Consejo de Europa, Comisión para la Eficacia de la Justicia nº. 23, año 2016. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>
- CEPEJ. Enforcement of Court Decisions in Europe, CEPEJ, 2007, Pág. 76 y ss. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf
- Non-criminal remedies for crime victims, Consejo de Europa, 2009
- Memoria del CGPJ 2016
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2016--correspondiente-al-ejercicio-2015->
- Memoria de la Fiscalía General del Estado 2016
https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html

Capítulo II

ASISTENCIA JURÍDICA Y TURNO DE OFICIO PARA LA VÍCTIMA

Alicia Calvo Barceló

La Constitución Española de 1978 configura en su artículo 119 el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconociendo el acceso a las actuaciones judiciales de forma gratuita para aquellos que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Asimismo, este derecho a la asistencia jurídica gratuita está directamente relacionado con el artículo 24 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, y el artículo 14 donde se consagra el principio de igualdad de las partes.

Además, la previsión contenida en el artículo 119 de la Constitución fue desarrollada por el artículo 20.2 y 440.2 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, el cual remite a la ley ordinaria para la regulación del sistema de asistencia jurídica gratuita. Esta previsión constitucional y esta remisión al legislador ordinario por parte de la Ley Orgánica del Poder Judicial han desembocado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica gratuita que se define como la norma unificadora del sistema legal de justicia gratuita.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

1.1. Origen histórico de la asistencia jurídica gratuita

El derecho a la asistencia jurídica gratuita tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento, la primera figura que reconoció este derecho es el denominado “beneficio de pobreza” que apareció en el siglo XVI.

Tras esto el derecho a la asistencia jurídica gratuita quedó recogido en la Ley de enjuiciamiento civil de 1855.

Este derecho adquirió un rango constitucional con la Constitución de 1978, incluyéndose en su artículo 119, y una importancia capital en el Estado de Derecho. Sin embargo, es importante resaltar que este artículo no determina la gratuidad de la asistencia jurídica, sino que establece un “derecho prestacional de configuración legal”,

es decir obliga al legislador a determinar en qué casos el acceso a la asistencia jurídica será gratuito¹. Además, junto a su inclusión en la norma jurídica suprema, se llevó a cabo a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, una reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que buscaba “fijar unos parámetros flexibles que permitiesen la aplicabilidad social del antes llamado beneficio de pobreza” que perdió esta denominación desde la reforma. Por otro lado, la redacción del artículo 119 de la Constitución condujo al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial².

La gran dispersión normativa en la regulación de este derecho provocó que finalmente se aprobara la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita como norma unificadora de todo el sistema legal de justicia gratuita; la cual ha sufrido múltiples modificaciones, la última el 6 de octubre de 2015.

En el ámbito internacional este derecho ha quedado recogido en distintos textos, como en el artículo 10³ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 6.3.c)⁴ del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3.d)⁵.

1.2. Asistencia a las víctimas

En relación a la evolución de los servicios de asistencia a la víctima, la cual es parte primordial en este estudio, las primeras legislaciones nacionales dirigidas a la protección de la víctima se desarrollaron en Europa durante los años 70. Sin embargo, en España las instituciones de asistencia a las víctimas fueron apareciendo muy lentamente, y la primera apareció en Valencia en el año 1985, denominada la “Oficina de Ayuda a las

¹ Valencia Sánchez, Ana María. (2014). *El derecho a la justicia gratuita* (pp.5-9) (Trabajo fin de grado, Universidad de Valladolid).

² “Artículo 20: 1) La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la ley. 2) Se regulará por ley un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar. 3) No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita.”

³ “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

⁴ “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.”

⁵ “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”

Víctimas del Delito”. Y no fue hasta 1995 con la “Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual” cuando se incorporó a la legislación nacional una Ley orientada a la protección de las víctimas⁶. Además, en el prólogo de esta Ley queda plasmado el abandono que sufría la figura de la víctima en España hasta ese momento, “La víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal. [...] En esta línea, desde hace ya bastantes años la ciencia penal pone su atención en la persona de la víctima, reclamando una intervención positiva del Estado dirigida a restaurar la situación en que se encontraba antes de padecer el delito o al menos a paliar los efectos que el delito ha producido sobre ella”.

Tras esto el reconocimiento y la reparación de la víctima han sufrido mejoras muy importantes, pero todavía queda mucho trabajo para redimir a la víctima del olvido y ofrecer la asistencia, soporte y ayuda que requiera.

1.3. El turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita

Antes de pasar al análisis de la figura de la asistencia jurídica gratuita es importante que entendamos su relación con el Turno de Oficio.

El turno de oficio, al igual que la asistencia jurídica, surge como consecuencia del mandato constitucional contenido en el artículo 24 de la Constitución. El Turno de Oficio es un sistema gracias al cual se asegura la defensa de todos aquellos ciudadanos que sean beneficiarios de asistencia jurídica gratuita y también de aquellos que no hubiesen designado abogado en un proceso penal y la actuación del mismo fuese necesaria, aun contando con medios económicos suficientes. Así quedó plasmado en la Sentencia 216/1988 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 1988 “A diferencia del proceso civil en que la defensa de oficio aparece como consecuencia y derivada del beneficio de pobreza en el proceso penal cuando el imputado deba ser asistido o defendido preceptivamente por Letrado en determinadas fases del procedimiento, se establece el nombramiento de oficio cuando aquél no lo haya designado y ello independientemente de la situación económica de aquél. [...] En el proceso penal el derecho a la designación de Abogado de oficio existe en todos los casos en los que siendo preceptiva la asistencia de Letrado el acusado no haya designado Letrado de su elección y además en aquellos casos en los que, aunque no sea preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite del órgano judicial.” Esto queda también recogido en el artículo 21 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, que especifica que,

⁶ Marco Román, María (2014). *Crimipedia: Asistencia a la víctima* (pp.7-8)

en los casos de asistencia letrada al detenido, preso o denunciado en el procedimiento de juicio rápido, no será necesaria la acreditación previa de carencia de recursos económicos. Si bien esto es cierto no debemos olvidar que, como bien señala el artículo 15 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, en el caso de que el Colegio de Abogados considerase que no se dan los requisitos para el beneficio de la justicia gratuita éste debe comunicárselo al solicitante e indicarle que no ha realizado el nombramiento provisional de Abogado. El artículo 18 de la Ley 1/1996 señala que si tras una designación provisional de abogado de oficio, la solicitud de justicia gratuita se desestima por la Comisión “el peticionario deberá, en su caso, abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por la intervención de los profesionales designados con carácter provisional” y el solicitante deberá asignar un nuevo Abogado y Procurador que elija él mismo; asimismo el letrado designado provisionalmente deberá rembolsar todas las retribuciones que hubiese percibido por parte de la Administración. Por lo tanto, pese a que el Turno de Oficio se encargue de la representación provisional en el proceso penal, esto no implica la gratuidad de los servicios ofrecidos ya que dependerá de que la solicitud de beneficio de justicia gratuita sea aprobada.

En el caso contrario, en el que la resolución fuese estimatoria del derecho, el abogado y, si lo hubiese, procurador, designados provisionalmente se encargarán de la representación del solicitante en todas las fases del proceso de forma gratuita.

1.3.1. Requisitos para formar parte del Turno de Oficio

En cuanto a los requisitos que se exigen a aquellos abogados que quieran inscribirse dentro del turno de oficio, éstos quedan definidos en la Orden ministerial del 3 de Junio de 1997 por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita; y dichos requisitos son los siguientes:

- “Tener residencia habitual y despacho abierto en el ámbito del colegio respectivo y, en el caso de que el colegio tenga establecidas demarcaciones territoriales especiales, tener despacho en la demarcación territorial correspondiente, salvo que, en cuanto a este último requisito, la Junta de Gobierno del Colegio lo dispense excepcionalmente para una mejor organización y eficacia del servicio”.
- “Acreditar más de tres años en el ejercicio efectivo de la profesión”.
- “Estar en posesión del diploma del curso de Escuela de Práctica Jurídica o de cursos equivalentes homologados por los Colegios de Abogados, o haber superado los cursos o pruebas de acceso a los servicios de turno de oficio y asistencia letrada al detenido establecidos por las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados”.

Actualmente, y según señala el X Informe del Observatorio de Justicia Gratuita⁷, hay unos 43.800 abogados inscritos en el Turno de Oficio, de los cuales el 47% son mujeres. La designación del abogado de oficio se realizará por el Colegio de Abogados correspondiente y su designación podrá ser provisional, en el caso de que se haga antes de la resolución sobre la solicitud de asistencia jurídica gratuita, o definitiva, en el caso contrario. Además, en ningún caso, tal y como queda establecido en el artículo 27 de la Ley 1/1996, “puedan actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en el que se halle inscrito.” Por lo tanto, el beneficio de la asistencia jurídica gratuita implica la designación aleatoria de un abogado por parte del Colegio de Abogados correspondiente, así como de un procurador en el caso que éste fuese necesario; y el beneficiario no podrá elegir libremente a su representante si desea beneficiarse de este derecho. El cambio de un abogado de oficio por un abogado de libre elección queda condicionado a la solicitud de la venia por parte del letrado de libre elección, como así queda establecido en el artículo 9 del Código Deontológico y en el artículo 61 del Estatuto General de la Abogacía española⁸. Asimismo, el letrado designado por el Colegio no podrá evadirse de la defensa salvo en el caso contemplado en el artículo 27.4 del Real Decreto 996/2003 que determina que los abogados del orden penal “podrán excusarse de la defensa, siempre que concurra un motivo personal y justo, que será apreciado por los decanos de los colegios.” Por otro lado, las obligaciones profesionales de los letrados de oficio se alargarán “hasta la finalización del procedimiento en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de las sentencias, si las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia⁹.”

En cuanto a los expedientes de solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita, en el año 2015¹⁰, se presentaron 905.161 solicitudes y de estas se ratificaron de media aproximadamente un 84%. Sin embargo, existen determinadas Comunidades Autónomas como Asturias, Castilla y León o Murcia donde esta media llegó al 90%. Un 62,9%¹¹ de los asuntos de Asistencia Jurídica Gratuita pertenecen al Turno de Oficio, en un 33,4% corresponden a la asistencia letrada al detenido; y en un 3,7% al servicio de violencia de género¹². En cuanto a la distribución de los asuntos del turno de oficio

⁷ Abogacía Española y Wolters Kluwer España (Julio 2016). *Justicia Gratuita. X Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita. Estadística completa 2011-2015*.

⁸ Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (28 de octubre de 2014). *Normas reguladoras turno de Oficio*.

⁹ Artículo 27.1 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

¹⁰ Último año del que se han publicado datos.

¹¹ Anexo 1

¹² Aunque los letrados que asisten a las víctimas de violencia de género pertenecen al Turno de Oficio el

en función de la jurisdicción, la mayoría de cuestiones tratadas corresponden a la jurisdicción penal¹³.

1.3.2. Organización de los diferentes Turnos de Oficio

La agrupación de materias en el Turno de Oficio quedará regulada por cada Colegio de Abogados en su propia normativa, y por lo tanto existen grandes diferencias entre provincias. A nivel nacional, respecto a los asuntos que se tratan en el Turno de Oficio la jurisdicción penal es aquella en la que se tratan un mayor número de expedientes, representando un 51,9% del total y seguida por la jurisdicción civil¹⁴.

A continuación, se analizan los distintos turnos existentes en el Colegio de Abogados de Madrid, puesto que es aquel que ha focalizado su desarrollado buscando una mayor protección de las víctimas de delitos. El Turno de Oficio de Madrid se divide en nueve turnos, cuatro que siguen los órdenes jurisdiccionales: penal, civil, contencioso-administrativo y social; y cinco turnos adicionales que van especialmente dirigidos a la protección de las víctimas: el turno de violencia de género, el de protección a las víctimas de trata de seres humanos¹⁵, el de protección a víctimas de delitos de odio, el de protección a víctimas de discriminación por diversidad sexual y de género, y el de protección a víctimas con discapacidad intelectual o enfermedad mental¹⁶. En el año 2015 en el Turno de Oficio del Colegio de Abogados de Madrid se realizaron 112.282 designaciones de letrados de turno de oficio¹⁷. El orden en el que se realizaron un mayor número de nombramientos fue en el orden penal, el cual representa el 60% de las designaciones y seguido por el orden civil en el que se realizaron el 20%¹⁸.

El más antiguo de estos cinco turnos dirigidos a la protección de la víctima es el de violencia de género, que surgió tras la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que fue el primer precepto legal en el que se recogió el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de forma inmediata y especializada¹⁹. Este reconocimiento hizo obligatorio en los

Observatorio ha decidido separar la variante estadística de Violencia de Género desde el año 2010 para observar el impacto de la misma en la Asistencia Gratuita.

¹³ Abogacía Española y Wolters Kluwer España (Julio 2016). *Justicia Gratuita. X Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita...*, op. cit., pág.19-28.

¹⁴ *Ibidem.* (pág.28)

¹⁵ Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *Normas reguladoras...*, op. cit., pág.7-9.

¹⁶ Castro, Begoña (2016). *La abogacía por la protección y defensa a las víctimas y la Cultura de Paz*. Revista Galde, 16, pp.37-39.

¹⁷ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. (2015). Memoria Anual 2015.

¹⁸ Anexo 2

¹⁹ Delegación de Gobierno para la Violencia de Género (2015) *Asistencia Jurídica Gratuita a todas las víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos, asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela y turno de guardia permanente para la prestación de estos servicios en los colegios de abogados, novedades de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Colegios de Abogados, que exigiesen cursos de especialización para ejercer en el Turno de Oficio, el ofrecimiento de una formación especializada en materia de violencia de género²⁰. Además, fruto de esta necesaria especialización de los letrados participantes en este turno, se creó la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española, la cual se encarga de determinar el programa de formación para los Colegios de Abogados, de forma a ofrecer una asistencia más especializada y con mejores resultados. En el Turno de Oficio de violencia de género de la Comunidad de Madrid hay aproximadamente unos 2.000 abogados²¹ inscritos que realizaron, en el año 2015, una media de 6.000 asistencias. A nivel nacional, según datos del Consejo General de la Abogacía Española, a lo largo del año 2015 se realizaron aproximadamente 47.000 asistencias a víctimas de violencia de género; de las cuales un 13% fueron efectuadas por el Colegio de Abogados de Madrid.

El turno de oficio especializado en la asistencia a las víctimas de trata empezó a funcionar en el año 2015 en Madrid, aunque en Sevilla este turno funciona desde el año 2010 y fue la provincia pionera en este ámbito. Este turno se formó siguiendo las distintas previsiones legales en las que se recogía la necesidad de asistencia a este tipo de víctimas, como el artículo 12.2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011; el objetivo 4 del Plan Integral contra los seres humanos del Ministerio de Igualdad del año 2010; el artículo 30 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito; y el artículo 2.g) de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita²². Los profesionales de este turno, al igual que en el caso del turno de asistencia a las víctimas de violencia de género, deben tener una formación específica de forma a mejorar la detección y actuación en casos de trata; además la pertenencia a este turno está supeditada a una antigüedad de al menos 10 años en el ejercicio de la abogacía y la realización de un curso especializado en la materia²³. Este turno de oficio especializado se está expandiendo por toda España y comunidades como Baleares ya han aprobado su creación para este año 2017.

Los tres turnos más recientes, además de pioneros en España, y que inician su funcionamiento en este año 2017, son aquellos en los que se busca ofrecer una atención más especializada a:

- Las víctimas de delitos, con especial atención a las víctimas de delitos de odio.
- Las víctimas con discapacidad intelectual o enfermedad mental que hayan sido objeto de abuso o de maltrato
- Las víctimas de discriminación por diversidad sexual o de género

²⁰ Artículo 20.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

²¹ Según datos del 2015 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

²² Calleja Estellés, M. (2016). *La trata de personas en el derecho español*.

²³ Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *Normas reguladoras...*, op. cit., pág.4

Estos turnos han surgido como consecuencia de las nuevas previsiones legales que se han desarrollado en los últimos años, como la Ley 2/2016 de Identidad y Expresión de Género e Igualdad social y no Discriminación y la Ley 3/2016 de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual²⁴. Además, la creación del turno dirigido a la asistencia de las víctimas de delitos de odio se ve respaldada por los datos que muestra el Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España realizado por el Ministerio del Interior²⁵, en el cual se observa que el número de casos de delitos de odio recogido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en España en el año 2015 asciende a 1.328 incidentes, lo que representa un aumento de 3,3% respecto al año 2014²⁶.

En conclusión, la libertad en la configuración de los distintos Turnos de Oficio dentro de cada Colegio de Abogados crea grandes diferencias entre Comunidades Autónomas a la hora de la asistencia legal a las víctimas de delitos, lo cual provoca importantes desigualdades entre las víctimas de cada Comunidad. Por ello considero que una regulación a nivel nacional, que homogeneizase los servicios ofrecidos a las víctimas, es más que necesaria para asegurar la igualdad y la protección de las víctimas en todo el territorio nacional. Por otro lado, observamos que la tendencia es que vayan apareciendo cada vez turnos más especializados y que ofrezcan una asistencia más efectiva a las víctimas; aunque la gran mayoría de Colegios de Abogados deben avanzar mucho en éste ámbito.

1.4. Condiciones para tener acceso a la asistencia jurídica gratuita

La Ley 1/1996, del 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LAJG) recoge la regulación existente sobre este tema, determinando así las condiciones que son necesarias para el acceso al servicio de asistencia jurídica gratuita. Esta Ley ha supuesto la unificación²⁷ de la regulación del sistema de justicia gratuita, creando así “un sistema único, concentrado en una sola norma”²⁸ de forma a garantizar el acceso a este derecho en condiciones de igualdad; la *desjudicialización* del proceso de adjudicación de este derecho, transformando este paso en un procedimiento puramente administrativo; y el acrecentamiento del contenido material, ampliando las prestaciones ofrecidas y ofreciendo asesoramiento y orientación antes del propio inicio del proceso.

²⁴ Castro, Begoña (2016). *La abogacía por la protección...*, op. cit., pág.38.

²⁵ Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios (2015). *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*.

²⁶ Anexo 3.

²⁷ Al quedar aprobada por unidad de la Cámara Baja en su sesión del 10 de mayo de 1994, ratificada por la Resolución de 9 febrero de 1995.

²⁸ Exposición de motivos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a los requisitos necesarios para el reconocimiento de este derecho, la LAJG establece un sistema basado en dos criterios²⁹, por un lado, un criterio objetivo apoyado en la situación económica del solicitante, y por otro lado, un criterio subjetivo basado en las circunstancias concretas de cada solicitante y que deben tenerse en cuenta y ponderarse para evaluar la necesidad del reconocimiento de este derecho; independientemente de si su situación económica excede del límite legal establecido para el reconocimiento de este derecho.

En primer lugar, la LAJG regula el ámbito personal de aplicación de este derecho en su artículo 2: ciudadanos españoles, nacionales de los demás Estados Miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España; siempre y cuando estos acrediten la insuficiencia de recursos para litigar; además de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y las asociaciones y fundaciones, siempre que certifiquen la falta de recursos. Gracias al artículo 2.1 del Real Decreto 3/2013, de 22 de febrero, se introduce el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de los recursos para litigar, a las “víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato”⁴³. Además, este derecho también asistirá a los causahabientes cuando la víctima haya fallecido, siempre que estos no fueran los agresores. Además, en orden a determinar cuando la víctima podrá disponer de estos servicios, este mismo artículo especifica en qué momento preciso del procedimiento se adquirirá la condición de víctima, y por tanto acceso al derecho, “cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justifica gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento”.

Además, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, independientemente de los recursos económicos disponibles, a las víctimas de accidentes que demuestren que tienen secuelas permanentes que les impiden realizar de manera absoluta la realización de sus actividades laborales o profesionales habituales y requieran asistencia para el desempeño de actividades de la vida cotidiana.³⁰

Sin embargo, el resto de víctimas, que no quedan recogidas en este artículo, deberán solicitar el beneficio de asistencia jurídica gratuita como el resto de individuos, y el

²⁹ Valencia Sánchez, Ana María. (2014). *El derecho a la justicia gratuita...*, op. cit., pág.10-16 ⁴³ Art.2.g) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

³⁰ Art.2.h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

reconocimiento de este derecho estará supeditado a la concesión del mismo por parte de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

En cuanto a las personas jurídicas que pueden beneficiarse del derecho a la justicia gratuita, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, éstas quedan determinadas en el artículo 2.c) y son las Asociaciones de utilidad pública (que determine el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación) y las Fundaciones que estén inscritas en el Registro Público correspondiente. Además determinadas personas jurídicas también podrán beneficiarse de la justicia gratuita sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos³¹, estas son: la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (en los términos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); las Asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad³²; y las Asociaciones³³ que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo, señaladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. Si bien esto es cierto, como señala Rafael Aguilera Gordillo en su artículo³⁴ la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal añade el artículo 31 bis indica que las “personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas” y este importante cambio no se ha visto seguido por una modificación de la LAJG en este aspecto, que sigue limitando el derecho a la justicia gratuita a un determinado y concreto tipo de personas jurídicas. Esta situación deja en una clara situación de desventaja a las personas jurídicas a la hora de acceder a este derecho, puesto que, al contrario que en el caso de las personas físicas, no todas las personas jurídicas pueden beneficiarse de esa protección y asistencia letrada y por lo tanto este escenario es completamente contrario a los principios consagrados en los artículos 24.2 y 119 de nuestra Constitución.

Además, en el caso de las personas jurídicas ese doble mecanismo de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, al que se ha hecho referencia anteriormente, no se aplica; puesto que únicamente se usa un criterio objetivo apoyado en la situación económica del solicitante y no un criterio subjetivo que tenga en cuenta las circunstancias propias del solicitante, más allá de si cumple o no con los requisitos económicos.

³¹ Disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

³² Ministerio de Justicia (2013). *Memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica gratuita*.

³³ Art.2.i) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

³⁴ Aguilera Gordillo, R. (1 de mayo, 2011) Sobre el Derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita de las Personas Jurídicas [Artículo doctrinal]

En el artículo 3 de la LAJG quedan regulados los requisitos básicos³⁵ para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En el caso de las personas físicas es necesario que los recursos e ingresos de la unidad familiar no superen el doble del IPREM³⁶ (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) cuando la persona no esté integrada en ninguna unidad familiar; en el caso de que el solicitante integre una unidad familiar de al menos cuatro miembros, sus recursos no deberán superar dos veces y media el IPREM; y en el caso de unidades familiares numerosas no deberán superar el triple del indicador³⁷.

En cuanto a las personas jurídicas se exige³⁸ que “el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples” para que pueda beneficiarse del derecho a la justicia gratuita.

1.5. Contenido material de la asistencia jurídica gratuita

En relación al contenido material del derecho éste queda determinado por el artículo 6 de LAJG y es el siguiente:

- Asistencia extrajudicial gratuita: “Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión”, es decir este precepto busca que el derecho a la justicia gratuita favorezca la resolución de determinados casos gracias a la mediación o a otros sistemas alternativos, aliviando en cierta medida al aparato judicial. Además, este artículo determina que en el caso de las víctimas estas tendrán acceso a “asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querella” que podrá interponer ante las Fuerzas de Seguridad, la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal.
- Asistencia gratuita de un abogado: “Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste”.

³⁵ Valencia Sánchez, Ana María. (2014). *El derecho a la justicia gratuita...*, op. cit., pág.16-19

³⁶ Anexo 4

³⁷ Ministerio de Justicia. (2017). *Asistencia Jurídica Gratuita-Trámites y gestiones personales* [online].

³⁸ Artículo 3.5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

- Nombramiento de procurador y abogado: “Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”.
- Inserción gratuita de anuncios o edictos: “Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales”.
- Exención del pago de tasas y depósitos para la interposición de recursos: “Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos”.
- Asistencia pericial gratuita: “Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas”. Esta asistencia pericial podrá darse de manera inmediata, debido a la gravedad del asunto, para los procesos de menores, de personas con discapacidad psíquica, víctimas de abusos o maltrato.
- Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas: “Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial.”
- Reducción de derechos arancelarios: “Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales no contemplados en el número anterior, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.”
“Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.”

Cuando haya varios litigantes que hagan uso de las prestaciones señaladas anteriormente, el sistema de asistencia justicia gratuita cubrirá únicamente la parte proporcional de aquel que al que se le haya reconocido el beneficio de la justicia gratuita.

1.6. Procedimiento de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita

El procedimiento para solicitar el derecho a la asistencia jurídica gratuita se iniciará siempre a instancia de parte, y para ello se deberá cumplimentar un formulario normalizado, el cual variará en función del tipo de asistencia que se solicite³⁹. Además, en dicho formulario se deberán especificar las prestaciones que se solicitan⁴⁰ de las citadas en el punto anterior; e, independientemente de las prestaciones que se hayan pedido, los beneficiarios de éste derecho estarán exentos del pago de tasas y depósitos. Junto a este formulario se deberá adjuntar toda la documentación que se exija reglamentariamente, la cual dependerá de las circunstancias de cada caso y de la situación concreta del solicitante; así como “los datos que permitan apreciar la situación económica y patrimonial del interesado y de los integrantes de su unidad familiar”⁴¹. En cuanto al lugar dónde debe presentarse toda esta documentación el artículo 12.2 de la LAJG y el artículo 9 del Real Decreto 996/2003 señalan que se hará ante el Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados en el que se halle el juzgado o tribunal que deba conocer el proceso principal para el que aquél se solicita, o ante el juzgado del domicilio del solicitante. Sin embargo, si el solicitante apoya su solicitud en las circunstancias excepcionales del artículo 5 de la LAJG, entonces deberá presentar la solicitud directamente ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

Una vez presentada la solicitud, los Servicios de Orientación Jurídica se encargarán de examinar toda la documentación, y en el caso de que se detectara alguna deficiencia se concederán 10 días hábiles al solicitante para que subsane los defectos⁴².

Llegados a este punto pueden darse tres situaciones, en primer lugar que el Colegio de Abogados considere que se cumplen los requisitos del artículo 2 de la LAJG y proceda, en un plazo máximo de 15 días, a la designación provisional de un abogado y, en caso de que fuese necesario, de un procurador. Una vez realizada dicha designación provisional el Colegio deberá trasladar en el plazo de tres días el expediente completo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que resuelva definitivamente sobre la solicitud. En segundo lugar, el Colegio puede considerar que no se dan los requisitos para que el solicitante se beneficie del derecho a la asistencia gratuita, y por lo tanto comunicará, en el plazo de cinco días, al solicitante que no ha realizado nombramiento provisional de abogado y procurador; y además trasladará el expediente a la Comisión como en el caso anterior. En tercer lugar, que en el plazo de 15 días⁴³ el Colegio no se pronuncie sobre la solicitud, en este caso el solicitante podrá solicitar nuevamente el be-

³⁹ Existiendo un formulario específico para las víctimas de violencia de género y para aquellos que soliciten el beneficio de asistencia jurídica gratuita en el procedimiento especial del juicio rápido.

⁴⁰ Artículo 12.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁴¹ Artículo 13 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁴² Artículo 14 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁴³ Desde la recepción de la solicitud o desde la subsanación de defectos.

neficio de justicia gratuita ante la Comisión directamente⁴⁴. Una vez la Comisión reciba el expediente (por cualquiera de las razones citadas anteriormente) tendrá un plazo de treinta días para resolver sobre la solicitud y aquí también se pueden dar varios casos. En primer lugar, la Comisión puede estimar la solicitud y determinar qué prestaciones son de aplicación al solicitante; además la estimación implica la confirmación de las designaciones provisionales llevadas a cabo por el Colegio; si no hubiese designaciones provisionales la Comisión encargará al Colegio correspondiente que nombre a un abogado y, en el caso de que fuese necesario, procurador. En segundo lugar, la Comisión puede desestimar la designación, y por lo tanto las designaciones provisionales quedarán sin efecto, el solicitante deberá nombrar a un letrado y procurador de libre elección y deberá pagar los honorarios del abogado y procurador designados provisionalmente. En tercer lugar, puede producirse el silencio administrativo, es decir, en el plazo de treinta días la Comisión no se ha pronunciado y por lo tanto las designaciones provisionales quedarán ratificadas directamente; pero en el caso de que no hubiese habido designación provisional si el solicitante lo desea podrá pedir al juez o tribunal que conozca del proceso que requiera al Colegio para que le designen un abogado y, en su caso, un procurador.⁴⁵

Todas las resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrán ser impugnadas mediante escrito motivado dirigido a la Secretaría de la correspondiente Comisión⁴⁶.

En el caso del enjuiciamiento rápido de delitos el proceso varía en ciertos detalles debido a la inmediatez de los servicios prestados por el letrado⁴⁷. En estos casos el abogado deberá hacer que su defendido cumplimente la solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita y presentará la documentación necesaria ante los Servicios de Orientación Jurídica en los cinco días siguientes a la solicitud. Las solicitudes en el caso de juicios rápidos tienen preferencia absoluta en la tramitación ante la Comisión. En este caso, y al igual que en el procedimiento ordinario, si la Comisión resuelve desestimando la designación provisional el solicitante deberá abonar los honorarios correspondientes al letrado, y en su caso, al procurador.

2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN LA DIRECTIVA 2012/29/UE

La regulación de los derechos de las víctimas de delitos, y en especial el derecho a la asistencia jurídica gratuita, han experimentado un importante progreso siguiendo la Di-

⁴⁴ Artículo 15 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

⁴⁵ Artículos 17 y 18 de la Ley 1/1996, e 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

⁴⁶ Artículo 20 de la Ley 1/1996, e 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁴⁷ Artículo 21 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. (BOE núm.188, de 7 de agosto 2003).

rectiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre⁴⁸, por la que se establecen las “normas de carácter mínimo” en el ámbito de protección de las víctimas de delitos. La aplicación de esta Directiva en España se ha llevado a cabo a través de la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el nuevo Estatuto de la víctima del delito. Éste busca la armonización de nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de la protección de las víctimas de delitos y crear un texto legal en el que se recojan tanto los derechos procesales como los derechos extraprocesales reconocidos a las víctimas.

Además, los derechos de las víctimas han sufrido una mejora importante gracias a las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Además, se ha llevado a cabo la aprobación de una gran cantidad de normas para la protección específica de determinadas víctimas como la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; el Real Decreto 355/2004, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica; y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo.

2.1. La Directiva 2012/29/UE y su aplicación en España

El derecho de las víctimas a la asistencia jurídica gratuita queda recogido en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, la cual busca, entre otras cosas, simplificar y fomentar la participación en el proceso penal de las víctimas y que éstas desempeñen un papel efectivo, en la defensa de sus derechos e intereses, dentro del sistema penal. Dentro de los derechos que la Directiva Europea ha concebido para este fin se incluye el derecho a acceder a la asistencia jurídica gratuita, siempre y cuando las víctimas tengan la consideración de parte dentro del proceso penal⁴⁹. Esta directiva sustituye la Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI⁵⁰, que fue el primer proyecto de legislación europea que reconoció un conjunto de derechos a las

⁴⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI

⁴⁹ Artículo 13 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

⁵⁰ Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)

víctimas en el proceso penal, y en la cual se hace referencia de manera casi simbólica al derecho a la asistencia jurídica gratuita (inciso ii de la letra f del artículo 4)⁵¹. Por lo que podemos considerar que la Directiva 2012/29/UE supone gran paso para el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que queda recogido en un artículo aparte, dando más relevancia e importancia al mismo.

Además, esta Directiva incluye en su artículo 25 un deber para todos los Estados miembros de garantizar la formación de todos aquellos funcionarios que vayan a estar en contacto con las víctimas, como las fuerzas de seguridad, el personal de la administración de justicia (abogados, fiscales y jueces), aquellos responsables del apoyo a las víctimas y de los servicios de justicia restaurativa. Este es un requisito básico para optimizar la protección y el asesoramiento a las víctimas; y tiene una importancia capital en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita, puesto que aquellos que sean los encargados de asegurar el respeto de este derecho deberán tener una formación específica en este ámbito.

Por otro lado, esta Directiva también recoge la necesidad de que los Estados miembros colaboren en orden a garantizar el acceso de las víctimas a sus derechos en cualquiera de los Estados que integren la Unión Europea⁵².

Además, se han elaborado distintos elementos para ayudar a los Estados miembros en la aplicación de la citada Directiva como el Documento Guía Relativo a la transposición e implementación de la Directiva, cuyo objetivo facilitar el efectivo y puntual cumplimiento de la Directiva 2012/29/EU por todos los miembros de la Unión Europea que están obligados a la aplicación de sus disposiciones⁵³. Este documento establece determinadas pautas para la aplicación del artículo 13⁵⁴ de la Directiva, de forma a asegurar que todos los países construyan el entramado legal necesario para asegurar la efectiva asistencia legal gratuita a las víctimas.

En España, la aplicación de esta Directiva se ha llevado a cabo, como ya se ha señalado, a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la cual busca ser el “catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, las remisiones a la normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad”. En cuanto al derecho de asistencia jurídica gratuita, este texto hace una brevísima referencia al

⁵¹ “1. Los Estados miembros garantizarán que la víctima tenga acceso, en particular desde el primer contacto con las autoridades policiales, por los medios que consideren adecuados y, cuando sea posible, en lenguas de comprensión general, a la información pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información incluirá, como mínimo: f) la medida y las condiciones en que puede acceder a: ii) asistencia jurídica gratuita”

⁵² Para ello la presente Directiva determina que se deberá realizar “el intercambio de mejores prácticas”, “la consulta de casos individuales” y “la asistencia a las redes europeas que trabajan sobre aspectos relacionados directamente con los derechos de las víctimas”.

⁵³ José García Rodríguez, Manuel (2016). *El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre y su transposición al ordenamiento jurídico español*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (número 1824), pág. 32.

⁵⁴ Referente al derecho de asistencia jurídica gratuita

mismo en el artículo 16, el cual únicamente se refiere a la presentación de solicitudes para la concesión de este derecho. La Ley 4/2015 fue desarrollada por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, y el cual, en al ámbito de la asistencia a la víctima, reguló el funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito.

En conclusión, el nuevo Estatuto de la Víctima del delito no ha supuesto un avance, en sí mismo, en cuanto al derecho de la asistencia jurídica gratuita para las víctimas. Sin embargo, la Directiva sí ha propiciado la renovación de muchos preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento que han desembocado en una mejora del derecho de asistencia jurídica gratuita para las víctimas de nuestro país.

2.2. Formación de los profesionales para la efectividad de la Directiva

Tal y como se vio en el punto relativo al Turno de Oficio, la formación de los profesionales que están en contacto con las víctimas es básica para ofrecer una asistencia efectiva. En esta misma línea se ha pronunciado la Directiva en su artículo 25 estableciendo que los Estados miembros deben asegurar que los funcionarios que estén en contacto con las víctimas, como pueden ser los agentes de policía y el personal al servicio de la administración de justicia, reciban una formación general y específica para su puesto de trabajo, concienciando a los mismos de las necesidades propias de las víctimas y ofrecerles las herramientas necesarias para atenderlas de forma imparcial, respetuosa y profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado el artículo 30 del nuevo Estatuto de las Víctimas, donde se establece que los Colegios de Abogados deberán impulsar dicha formación y mejorar la sensibilización de sus profesionales para una mejor protección de las víctimas.

Esta formación se configura como un requisito básico para alcanzar en la práctica una eficaz puesta en marcha de todos los derechos que el nuevo Estatuto de las víctimas ha configurado. Asimismo, la formación específica es básica para todos los profesionales que deben atender a víctimas que se consideran especialmente vulnerables, como los menores, las víctimas de violencia de género, las víctimas de terrorismo...⁵⁵ Por todo ello se ha llevado a cabo un incremento de los planes de formación dentro de los Colegios de Abogados de las Comunidades Autónomas para asegurar esa asistencia jurídica gratuita y especializada para las víctimas con necesidades especiales. Así, en el caso del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se ha firmado en este mismo año 2017 un Convenio con la Comunidad de Madrid para la formación de los letrados de asistencia a las víctimas de violencia de género por parte de la Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid. Asimismo, en el grueso de Colegios de Abogados de España se desarrollan pro-

⁵⁵ José García Rodríguez, Manuel (2016). *El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea...*, op. cit., pág. 77-80.

gramas de formación que se especializan en distintos tipos de víctimas, aunque, como ya vimos en el punto sobre el Turno de Oficio, la asistencia a estas víctimas, así como la formación de los profesionales, no es homogénea en todo el territorio. Por todo ello, si bien es cierto que la formación de los profesionales en contacto con las víctimas se ha visto mejorada en muchos aspectos, todavía queda mucho trabajo por hacer y especialmente se debe abogar por una homogeneización de estos planes formativos.

Esta formación específica de los profesionales en contacto con las víctimas también se ha venido desarrollando en otros países de la Unión Europea. En el caso de Bélgica se ha desarrollado un proyecto basado en el modelo británico MARAC (Multi Agency Risk Assessment Conference) que busca ayudar a las víctimas de violencia doméstica o en riesgo de serlo, a través de un plan que sea diseñado por policías, servicios sociales y otros profesionales que estén en contacto con las víctimas y así se cree un plan de acción para todos los profesionales.

En Finlandia se ha implementado el modelo SENJA para sensibilizar y formar a aquellos profesionales legales que estén en contacto con víctimas de violencia de género o de delitos sexuales.

En Italia está prevista ya existía antes de la Directiva, y se contemplaba la formación específica de jueces, magistrados, abogados... que estuviesen en contacto con las víctimas de delitos. Asimismo, se ha establecido un programa de asistencia especializado en víctimas menores de tráfico humano.⁵⁶

2.3. Oficinas de Asistencia a las Víctimas

Las Oficinas de Asistencia a las víctimas (OAV) son un servicio público y completamente gratuito al que pueden acudir las víctimas para recibir asistencia en el ámbito jurídico, psicológico y social, sin necesidad de interponer una denuncia previamente. Estas oficinas son dependientes del Ministerio de Justicia o, en determinados casos, de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias sobre dicho aspecto. Pese a no ser un servicio explícitamente incluido en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sigue siendo un servicio al que las víctimas tienen acceso de forma gratuita y a través del que se promueve el acceso de la víctima a la asistencia jurídica gratuita.

La primera Ley que configuró las OAV fue la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual en su artículo 16, aunque simplemente las nombraba, pero no regulaba ningún aspecto de las mismas. También se habían creado otras oficinas de atención a determinados tipos de víctimas, como la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas de Terroris-

⁵⁶ Fundación Carmen Pardo-Valcarce y Fundación Thomson Reuters (2017). *Rights and Protection of Vulnerable Victims in Criminal Proceedings. Comparative legal research*. [online]

mo⁵⁷ (creada en el año 2006) y las oficinas de asistencia a las víctimas de violencia de género⁵⁸, estableciendo el derecho de estas víctimas a acceder a “servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral”⁵⁹.

Pero no fue hasta la aprobación de la Ley 4/2015 que, trasponiendo lo establecido en la Directiva 2012/29/UE⁶⁰, se reguló por primera vez la organización y las funciones de las OAV. Esta nueva regulación contenida en la Ley 4/2015 y en el Real Decreto 1109/2015⁶¹, busca establecer cuál es el ámbito de actuación de estos organismos además de establecer las prestaciones que se darán a cada una de las oficinas de forma a garantizar la igualdad en los servicios prestados.⁶² El desarrollo reglamentario de los actos de las Oficinas busca establecer un procedimiento estándar de atención a las víctimas, regulando todas y cada una de las fases de la asistencia⁶³, además de establecer detalladamente sus funciones dentro del área general, jurídica, psicológica y social buscando evitar la victimización primaria y secundaria. Las funciones básicas que se atribuyen a estas Oficinas de Asistencia a las Víctimas son⁶⁴:

- Informar a las víctimas sobre sus derechos y la ejecución de los mismos
- Ofrecimiento de asesoramiento jurídico, apoyo emocional y asistencia psicológica, además de indicar cuales son los servicios especializados que pueden asistirles en función de sus circunstancias propias.
- Posibilidad de beneficiarse de determinados derechos económicos durante el proceso y el derecho que tienen a ser indemnizadas por los daños y perjuicios, informar sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- Prevenir la victimización secundaria y ofrecer protección frente a represalias o intimidaciones que puedan sufrir, incluso acompañando a las víctimas al juicio.

⁵⁷ Recogida en el artículo 51 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo

⁵⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

⁵⁹ Artículo 19.1 y 19.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁶⁰ Artículos 8 y 9 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁶¹ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito

⁶² José García Rodríguez, Manuel (2016). *El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea...*, op. cit., pág. 68-77

⁶³ Capítulo III del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

⁶⁴ Conde Ruiz, Alma María. *Regulación de las oficinas de asistencia a las víctimas y funciones en la fase de ejecución penitenciaria de la pena conforme a la ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito y el real decreto 1109/2015 de 11 de diciembre.* (pág. 6-7).

Además de estas funciones, el Real Decreto 1109/2015 también ha regulado las funciones de las antiguas Oficinas de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo⁶⁵, de forma a mejorar la coordinación entre las distintas Instituciones relacionadas con la asistencia y la protección de las víctimas de terrorismo.

En cuanto a los integrantes de estas Oficinas, éstos son psicólogos, juristas, trabajadores sociales o cualquier otro que se considere útil para la prestación de los servicios citados anteriormente. Además, dichos participantes deben tener una formación específica relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, tal y como queda establecido en el artículo 30.1 del nuevo Estatuto de la Víctima del delito y el artículo 18.2 del RD 1109/2015⁶⁶.

Pese a la importancia de todas las funciones que tienen asignadas las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, éstas serán difícilmente alcanzables puesto que el legislador ha introducido en la Disposición Adicional Única una limitación presupuestaria que determina que “La entrada en vigor del presente real decreto no producirá incremento del número de efectivos, ni de las retribuciones, ni de otros gastos de personal con impacto presupuestario”. Por lo tanto, si no hay una inversión real en estos servicios será imposible que estas Oficinas desempeñen las funciones que se les han atribuido. Sin embargo, el Gobierno ha anunciado que en este año 2017 “destinará 746.000 al Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la atención psicológica especializada en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas dependientes del Ministerio de Justicia y en la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional”⁶⁷. Sin embargo, tal y como se señala en la nota de prensa del Consejo de Ministros, esta subvención estará destinada a la asistencia psicológica, por lo que el resto de funciones de la Oficinas quedarán sin subvención.

Estas Oficinas de apoyo a las víctimas también se han desarrollado en otros países como Bélgica, siendo, al igual que en España, completamente gratuitas y confidenciales⁶⁸.

⁶⁵ Capítulo V del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

⁶⁶ Conde Ruiz, Alma María. *Regulación de las oficinas de asistencia a las víctimas y funciones en la fase de ejecución penitenciaria de la pena...*, op. cit., pág.5.

⁶⁷ Resolución de 13 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio de colaboración con el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la prestación de asistencia psicológica y apoyo a las víctimas en las Oficinas de asistencia a las víctimas dependientes del Ministerio de Justicia y en la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional, así como para la colaboración en la emisión de informes periciales. (BOE núm 45, de 22 de febrero de 2017, páginas 12435 a 12441).

⁶⁸ Fundación Carmen Pardo-Valcarce y Fundación Thomson Reuters (2017). *Rights and Protection...*, op. cit.

3. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS EN ESPAÑA

3.1. Ámbito y alcance de la asistencia jurídica gratuita para las víctimas

Como queda establecido en el artículo 6.1 de la LAJG, la víctima tendrá derecho al acceso a la asistencia extrajudicial gratuita, es decir el “asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela”. Este es, por lo tanto, el primer momento en el que las víctimas pueden acceder a los servicios de asistencia jurídica gratuita. Los órganos encargados de ofrecer este servicio previo al inicio del procedimiento son las Oficinas de Asistencia a la Víctima⁶⁹ y los Servicios de Orientación Jurídica⁷⁰. Asimismo, como queda establecido en el artículo 16 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, la víctima podrá solicitar el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita directamente ante el funcionario o primera autoridad que debe informarle, según el artículo 5.1.c)⁷¹ de esta misma ley, sobre el procedimiento para obtener asesoramiento o defensa jurídica. En caso de que no presente su solicitud ante este funcionario, podrá hacerlo ante las Oficinas de Asistencia a las víctimas de la Administración de Justicia, y ellas se encargarán de remitir dicha solicitud al Colegio de Abogados correspondiente.

En relación a la intervención de la víctima en el proceso penal, tal y como queda establecido en el artículo 101⁷² de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las víctimas, al igual que el resto de españoles, tienen derecho a ejercitar la acción penal. Además, esta Ley, en su artículo 109, hace mención especial al caso del ejercicio de la acción penal por parte de la víctima, y determina que las víctimas podrán hacer uso de este derecho, siempre que no hubieran renunciado al mismo “en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito”.

La víctima que desee participar en el proceso penal podrá gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita una vez se inicien las actuaciones judiciales. El artículo 2.g)

⁶⁹ Implantadas por el Ministerio de Justicia de acuerdo con la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE del 12 de diciembre de 1995).

⁷⁰ Párrafos segundo y tercero del artículo 22 de la Ley 1/1996, “Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes. Los Colegios de Abogados facilitarán a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, así como el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.

⁷¹ “1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:[...] c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.”

⁷² “La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.

determina que para las “víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato” la asistencia jurídica gratuita se les prestará de inmediato y les será designado un abogado y procurador de oficio.

En el caso de las víctimas de otros delitos, éstas deberán seguir el procedimiento habitual de solicitud de reconocimiento de asistencia jurídica gratuita, y una vez éste sea positivo se les asignará procurador y abogado.

La extensión temporal de esta asistencia jurídica gratuita va desde que se reconoce el derecho a la víctima hasta que finalice totalmente el procedimiento por el que fue reconocido dicho derecho; incluyendo todos los trámites e incidencias que deriven del mismo proceso⁷³.

Las víctimas, como ya se ha visto, pueden actuar en el proceso penal de manera activa, es decir, como acusación particular, de acuerdo con los artículos 109, 110 y 761.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 25⁷⁴ de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Para que la víctima pueda ejercitar este derecho con total libertad se produce el ofrecimiento de acciones, recogido en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determina que el “Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso”. Asimismo, esta Ley recoge en su artículo 771.1^a esta misma obligación para la Policía Judicial “Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella”. Este derecho permite a la víctima ejercer la acción penal y civil, y la manifestación de este derecho se realizará mediante denuncia, querella, escrito específico o comparecencia apud acta. Sin embargo, existe una excepción para el caso del procedimiento abreviado en el cual el ofendido o perjudicado podrá personarse como parte en la causa sin necesidad de formular querella⁷⁵ y únicamente se requerirá la presentación de un escrito en el que se solicite que se le tenga como parte y éste esté apoyado por un abogado.⁷⁶ Es importante recordar que la participación de la víctima en el proceso penal es un derecho y no una obligación, y que la no participación de la víctima como acusación no implica que la acción penal no se vaya a ejercer puesto que el Ministerio Fiscal está obligado a ejercer la acción penal en

⁷³ Artículo 7.1 de la LAJG.

⁷⁴ “Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, [...] las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces”.

⁷⁵ Artículo 761.1 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷⁶ Etxeberria Guridi, José Francisco (2010). *Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas. 3.4 La víctima como parte acusadora*. [Curso online de la Universidad del País Vasco], pág. 4-11

aquellos procesos en los que se traten delitos de carácter público⁷⁷, y esto mismo ocurre también con la acción civil tal y como establece el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque en este caso la acción de reparación es de carácter privado y si el ofendido renunciase a la misma el Ministerio Fiscal únicamente pedirá el castigo de los culpables.

Una vez finaliza la fase de instrucción tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal deben pronunciarse acerca de la continuación del procedimiento, y ambas peticiones no tienen por qué ser coincidentes; es decir la acusación particular tiene una posición totalmente autónoma respecto al Ministerio Fiscal.

Finalmente, para el ejercicio de esta acción la víctima deberá además nombrar un abogado y procurador que le asista, o en el caso de que se le hubiera reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, mediante la asignación de abogado y procurador de oficio por parte del colegio de abogados correspondiente. Aunque existe una excepción a este supuesto, establecida en el artículo 967.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y es en el caso del juicio sobre delitos leves, dónde la asistencia del abogado es potestativa.

Además, este derecho de participación activa de las víctimas queda recogido en el artículo 11 de la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la Víctima, la cual ofrece un catálogo de los derechos de las víctimas durante su participación en el proceso penal. Este artículo viene a confirmar, en su apartado primero, la regulación ya contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero lo novedoso de este artículo es su apartado segundo, puesto que este eleva a rango de ley lo que ya viene ocurriendo en la realidad, es decir, que la víctima, sea o no parte en el proceso penal, tiene derecho a participar desde el inicio del proceso aportando pruebas e información ante la autoridad encargada de la investigación. Esto, según establece GÓMEZ COLOMER⁷⁸ en su artículo, garantizará a la víctima una “adecuada restitución, reparación e indemnización por los daños físicos, psíquicos y morales sufridos”.

Es importante que se analice el caso de la participación de la víctima en el proceso de menores, puesto que esta cuestión ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años. En el texto original de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se establecía que “respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide

⁷⁷ Artículo 105.1 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷⁸ Gómez Colomer, Juan Luis. (2015). Los aspectos esenciales del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, (núm. 37), pp.181-220.

con el interés del menor”⁷⁹. Sin embargo, aunque la Ley impidiese la participación como acusación particular por parte de la víctima, sí que permitía al perjudicado, en aquellos “hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas”, participar ampliamente en el proceso: proponiendo pruebas, participando en la realización de las mismas... En la actual Ley 5/2000, en su artículo 25, se recoge ahora sí la posibilidad del ofendido de participar como acusación particular en el proceso, además desaparece la limitación de la participación de la víctima en el proceso a aquellos casos en los que el autor sea mayor de 16 años y se trate de delitos cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física. El nuevo artículo 25 permite personarse como acusación particular no solo a los ofendidos, sino también a sus padres, sus herederos o sus representantes legales si los ofendidos fueran menores de edad o incapaces. En cuanto a las facultades que se reconocen a la acusación particular, estas son muy similares a las que ya se concedían en el texto original a las víctimas que quisiesen participar en el proceso; por lo que la verdadera diferencia reside en ese derecho a participar como acusación particular en el proceso. No obstante, no fue hasta la promulgación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que la Ley 5/2000 fue completamente adaptada a la nueva posibilidad de participación como acusación particular de los ofendidos en el proceso de menores⁸⁰.

En cuanto a los datos de acusación particular por parte de las víctimas un estudio realizado de las sentencias dictadas en el año 2015, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores⁸¹ refleja que de los 36 casos en los que se interpuso una pena o medida de seguridad en sentencias de homicidio o asesinato por violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja, en un 86% se personó la acusación particular⁸². En el caso de las sentencias de homicidio y asesinato de menores a manos de sus progenitores, del total de 8 casos en los que se impuso pena o medida de seguridad, en el 63% se personó la acusación particular.

Como se observará en nuestro posterior análisis estadístico, la participación de la víctima en el proceso penal es muy importante, puesto que en el 85,60% de los

⁷⁹ Exposición de motivos III de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁸⁰ Etxeberria Guridi, José Francisco (2010). *Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas. 3.4 La víctima como parte acusadora*. [Curso online de la Universidad del País Vasco], pág. 11-15

⁸¹ Grupo de expertos/as en violencia doméstica y género del CGPJ (2017). *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2015, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores*.

⁸² Anexo 5.

expedientes de la Audiencia Provincial⁸³ hay intervención de la acusación particular. Además, en los casos en los que la víctima decide participar activamente en el proceso, en un 93,7% de los expedientes se impone algún tipo de indemnización. Del total de expedientes de ejecución de dos partidos judiciales de la Comunidad de Madrid y de la Audiencia Provincial de Madrid, en un 90,6% hay acusación particular. En cuanto a si la intervención de la acusación particular influye en el pago de las indemnizaciones, en nuestro análisis estadístico veremos que no parece influir, sin embargo, hay que tener en cuenta que no contamos con datos suficientes para los casos en los que no hay acusación particular, y por lo tanto los resultados no son excesivamente representativos.

El artículo 109.3 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce el derecho de ejercitar la acción penal a las asociaciones de víctimas y aquellas personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para salvaguardar los derechos de las víctimas, aunque siempre que la víctima autorizase a dichas asociaciones. Además, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ofrece respaldo a determinadas asociaciones que velan por los derechos de las víctimas, ofreciéndoles el derecho a la asistencia jurídica gratuita con independencia de los recursos de los que dispongan para litigar como ya vimos anteriormente.

El artículo 109.2 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸⁴ determina que en caso de que haya una pluralidad de víctimas, el Juez o Tribunal, podrá ordenar, mediante resolución motivada, la agrupación de las víctimas en una o varias representaciones y que sean defendidos de manera conjunta; esto se explica ya que en la práctica las asociaciones han venido cada vez más ejerciendo el derecho a participar en el proceso penal y esto puede llegar a interferir con el principio de igualdad de armas⁸⁵, por lo que la agrupación forzosa de las víctimas es una medida muy acertada⁸⁶.

Si bien es verdad que la víctima tiene derecho a participar en el proceso penal como acusación particular, no debemos perder de vista que esta participación se va a ver afectada por el acceso a la asistencia jurídica gratuita, puesto que, como ya se ha señalado anteriormente, únicamente un conjunto determinado de víctimas tiene acceso a esta asistencia jurídica de forma gratuita independientemente de sus recursos económicos. Esto va a provocar una clara discriminación entre aquellas víctimas o afectados que no tengan acceso a la asistencia letrada de forma gratuita sin importar sus recursos económicos y aquellos que sí tienen acceso a la misma. Además, el nuevo Estatuto de la Víctima no ha cambiado esta situación, pese a que la Directiva Europea

⁸³ Para los delitos estudiados en nuestro análisis estadístico.

⁸⁴ Introducido por el apartado dos de la disposición adicional primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

⁸⁵ La igualdad de armas busca el equilibrio entre la acusación y la defensa durante el proceso, y así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 140/1994, de 9 de mayo.

⁸⁶ Tamarit Sumalla, J.M., *Hacia un estatuto jurídico de las víctimas en España: la necesidad de un nuevo modelo de protección*. Pág.6

2012/29/UE establece claramente en su artículo 13 que los Estados deben asegurar a las víctimas “el acceso a asistencia jurídica gratuita cuando tengan el estatuto de parte en el proceso penal”, vinculando el acceso a la asistencia jurídica gratuita a la participación de la víctima en el proceso penal, medida que nuestro Estado no ha integrado en nuestro ordenamiento.⁸⁷

La víctima también tiene derecho lógicamente a no ser parte del proceso penal; sin embargo, esto no significa que la víctima quede sin derechos ante el proceso, es más la víctima tendrá derecho a la comunicación de los autos de sobreseimiento y a impugnarlos y derecho a participar en la ejecución.

Una de las novedades más importantes, en el panorama de los derechos de las víctimas en el proceso penal, introducida por el nuevo Estatuto de las víctimas del delito, en su artículo 12, es el reconocimiento a las víctimas del derecho a participar en la ejecución del cumplimiento de la condena. Esta norma tiene una importancia capital puesto que la jurisprudencia ha apoyado la exclusión de la intervención activa de las víctimas durante esta fase⁸⁸, apoyándose en la obligación del Ministerio Fiscal de proteger a la víctima durante la ejecución⁸⁹.

Además, este derecho asiste tanto a las víctimas que se hubieran mostrado parte en la causa, como a aquellas que no lo hubiesen hecho.

Durante esta fase de ejecución el derecho a la asistencia jurídica gratuita seguirá asistiendo a la víctima, como queda recogido en el artículo 7 de la LAJG⁹⁰, aunque, como ya señalamos anteriormente, y como señala el artículo 27 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, los abogados y procuradores que sean designados de oficio desarrollarán sus funciones durante la fase de ejecución siempre que “las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia”.

Una vez la víctima decide ejercitar la acción penal y participar como acusación particular en el proceso se expone a la condena en costas, aunque esta será únicamente posible en el que caso de que se actúe con mala fe o con temeridad durante el proceso⁹¹. Esto implica que las costas procesales no serán impuestas a la acusación particular aun cuando la condena sea absoluta y por ello contraria a la pretensión ejercida. Sin embargo la calificación de actuación de “mala fe o con temeridad” no es

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Páginas 9 y 10 del “Voto particular al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito elaborado por el Consejo General del Poder Judicial”.

⁸⁹ Artículo 3.10 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; en el artículo 541.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en los artículos 105, 108, 111 y 773.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁹⁰ “La asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución”.

⁹¹ Artículo 240.3º del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

clara, puesto que son términos muy amplios y sujetos a la interpretación propia, y así se ha pronunciado la jurisprudencia sobre este tema “a falta de una definición legal y jurisprudencial de lo que debe entenderse por actuación temeraria o mala fe en el proceso, que en la práctica son conceptos equivalentes, habrá de estarse a lo que resulte en cada caso concreto de la propia consistencia o sustento de la pretensión formulada por la acusación, su incidencia perturbadora o no a lo largo de aquél y, sustancialmente, su confrontación con las tesis mantenidas por el Ministerio Fiscal, criterio este último que funcionalmente tiende a sobreponerse como definitivo. [...] Sin embargo, cuando el Ministerio Fiscal ha solicitado la libre absolución ello no significa que toda pretensión acusatoria de la acusación particular sea inconsistente”⁹² “En definitiva aun no ejercida la acción por el Ministerio Fiscal cabría estimar razonable el ejercicio de la acción por la acusación particular aunque la sentencia final sea absolutoria. En cualquier caso debe deducirse la razonabilidad del sostenimiento de la acción a efectos de establecer si fue o no temeraria.”⁹³

En conclusión, la doctrina considera que la valoración de la temeridad y mala fe en las actuaciones de la acusación particular depende del caso concreto en el que se encuadre y que la comparación con la actuación del Ministerio Fiscal no es la respuesta. Aunque ya se han recogido en nuestra jurisprudencia determinadas actuaciones que pueden simbolizar esa mala fe y temeridad “Es necesario que la acusación particular perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.”

El artículo 124 del Código Penal establece que las costas procesales incluirán los honorarios de la acusación particular en aquellos delitos que son únicamente perseguibles a instancia de parte. Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este tema aclarando que para que puedan imponerse las costas de la acusación particular la actuación de la misma no debe tacharse de “temeraria o superflua”⁹⁴ y cuando “haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal, de las que se separa cualitativamente, evidenciándose además como inviables, extrañas o perturbadoras”⁹⁵. Por último, se requiere para la imposición de las costas de la acusación particular la petición a instancia de parte de la imposición de las mismas⁹⁶, puesto que si no fuese así la parte acusada no tendría la oportunidad de defenderse.⁹⁷

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 608/2004, de 17 de mayo de 2004.

⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) 25/2004, de 16 de febrero de 2004.

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7ª), de 19 de enero de 2015.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1089/2009, de 27 de octubre de 2009.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1089/2009, de 27 de octubre de 2009.

⁹⁷ Fernández Aparicio, Juan Manuel (2005). *Las Costas de la Acusación Particular*. *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid* (20).

3.2. Víctimas especialmente vulnerables

En el derecho español las víctimas especialmente vulnerables han sido tradicionalmente los menores y aquellos considerados como “incapaces” por el Código Penal⁹⁸. Aunque no son solo estos dos grupos, puesto que el Código Penal ha configurado los tipos cualificados de delitos cuando la víctima sea especialmente vulnerable “por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación”⁹⁹. En esta misma línea se ha pronunciado la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito en su artículo 23 dónde señala a los menores y los discapacitados como víctimas especialmente vulnerables, pero también incluye a aquellas víctimas que tengan una relación de dependencia con el autor del delito y “aquellas en las que concurren factores de especial vulnerabilidad”.

La Directiva 2012/29/UE ha hecho un importante hincapié en la cuestión de las víctimas especialmente vulnerables configurando un nuevo sistema de protección. Este nuevo modelo busca implantar el concepto de que todas las víctimas tienen necesidades especiales y por lo tanto habrá que estudiar dichas necesidades en orden a ofrecer una protección eficiente; por lo tanto la Directiva acaba con la limitación establecida de reconocimiento de derechos especiales únicamente a determinados grupos de víctimas¹⁰⁰. Este precepto legal establece que será necesario ofrecer una protección específica a aquellas víctimas que sean “particularmente vulnerables a la victimización secundaria” y para ello deberá prestarse especial atención a “las características personales de la víctima, el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias del delito”¹⁰¹.

El nuevo Estatuto de la víctima del delito introduce ciertos preceptos relacionados con esta valoración de las necesidades propias de cada víctima y la determinación de medidas de protección, que se llevarán a cabo atendiendo a las características del ofendido, las circunstancias en las que se produjo el hecho delictivo, la naturaleza del delito y los daños derivados del mismo¹⁰². La LAJG limita el beneficio a la justicia gratuita con independencia de los recursos económicos a un determinado grupo de víctimas que son consideradas especialmente vulnerables. En mi opinión la LAJG debe seguir esta nueva línea de evaluación de la vulnerabilidad de las víctimas, establecida por la Directiva, de forma que el derecho a la asistencia jurídica gratuita independientemente de los recursos económicos sea concedido a las víctimas sin importar el tipo de delito que hayan sufrido y prestando más atención a las características propias de la víctima.

⁹⁸ Artículo 25 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

⁹⁹ Artículo 180.3 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹⁰⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, del 18 de mayo 2011, *Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE* (COM (2011) 274 final).

¹⁰¹ Tamarit Sumalla, J.M., *Hacia un estatuto jurídico de las víctimas en España: la necesidad de un nuevo modelo de protección*. Pág.10-11

¹⁰² Artículo 24 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

En definitiva, este nuevo concepto de lo que se considera “vulnerabilidad” de la víctima, debe extenderse al ámbito de la asistencia jurídica gratuita, terminando así con la férrea determinación de qué tipos de víctimas tienen derecho al beneficio de la asistencia jurídica gratuita con independencia de sus recursos económicos.

A continuación, realizaremos un análisis de cómo la legislación ha avanzado para mejorar la defensa de determinados grupos de víctimas especialmente vulnerables o con necesidad de protección especial.

Existen dos preceptos que han sido fundamentales en la protección de aquellas víctimas que son especialmente vulnerables. En primer lugar, el Real Decreto ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, el cual introdujo la letra g) y h) del artículo 2 de la LAJG y que determina la gratuidad de la asistencia jurídica gratuita, con independencia de sus recursos económicos, para las víctimas “de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato” y también a “quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos”. Esta reforma supuso un avance capital en los derechos de las víctimas especialmente vulnerables, puesto que de esta forma se les facilita el acceso a la justicia, sin importar sus recursos económicos. Además, en esta misma Ley se estableció que en el caso de las víctimas de violencia de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, menores de edad y personas con discapacidad, en el caso de que la sentencia absolutoria adquiriese firmeza o se determinara el sobreseimiento definitivo o provisional de las actuaciones las víctimas no deberán en ningún caso abonar el coste de las prestaciones disfrutadas hasta dicho momento.

En segundo lugar, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil introdujo una gran cantidad de mejoras en el ámbito de la asistencia gratuita para las víctimas especialmente vulnerables:

- Modificó la letra g) del artículo 2 de la LAJG para que en los casos de que la asistencia jurídica gratuita se reconozca a la víctima de un delito, y especialmente si el ofendido es una víctima de violencia de género, sea “el mismo abogado el que la asista a aquella, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa”¹⁰³. Además, este derecho también asistirá a los

¹⁰³ Disposición final tercera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

causahabientes en el caso de fallecimiento de la víctima de violencia de género, siempre y cuando ellos no fueran parte en los hechos¹⁰⁴. Y también en este precepto legal se habla por primera vez de que la defensa de las víctimas de violencia de género será especializada en dicho ámbito.

- Se reconoció el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de sus recursos, a las “asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo, señaladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo”¹⁰⁵.
- Se estableció el asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a interponer la denuncia o querrela para las víctimas de violencia de género, de terrorismo¹⁰⁶, de trata de seres humanos, menores y discapacitados.
- Se instauró la obligatoriedad de un turno de guardia para los servicios de asesoramiento y asistencia letrada para las víctimas especialmente vulnerables que se han señalado en el punto anterior.

Otro de los cambios importantes que se han realizado orientados a la protección de las víctimas consideradas especialmente vulnerables es el establecimiento de Turnos de Oficio especializados en la atención a las mismas (como ya vimos en un punto anterior de este trabajo). Aunque, como ya sabemos, en este campo los avances no son homogéneos en todas las provincias, y por lo tanto la protección a las víctimas especialmente vulnerables no es la misma en todo el territorio español.

Junto a la creación de determinados Turnos de Oficio especializados en las víctimas especialmente vulnerables, los Servicios de Orientación Jurídica también han seguido esta misma línea.

Por lo tanto, la legislación española determina claramente las víctimas a las que considera especialmente vulnerables, y para ello ha regulado distintos mecanismos que les brinden una protección especial. Sin embargo, tal y como señala la Directiva, la protección a las víctimas especialmente vulnerables debería apoyarse más en la situación concreta de cada víctima y no tanto en el tipo de delito que haya sufrido; y por ello considero que la legislación requiere una modificación de forma a proteger a un mayor número de víctimas y ser más flexibles en cuanto a la valoración de los criterios para considerar “especialmente vulnerable” a una víctima. Aunque España no es el único

¹⁰⁴ Disposición adicional sexta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰⁵ Disposición final tercera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰⁶ Ministerio del Interior (2015). *Todas las víctimas del terrorismo tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita y asesoramiento especializado*. [online]

país que sigue sin acatar las previsiones de los artículos 22 y 23 de la Directiva, otros países como Bélgica tampoco contemplan las necesidades especiales de protección de cada víctima. Sin embargo, en países como Francia¹⁰⁷, la víctima sí es objeto de una evaluación personalizada para determinar si requiere medidas específicas de protección por su situación personal¹⁰⁸.

Si bien es verdad que la Directiva no encuadra a las víctimas especialmente vulnerables un grupo determinado de víctimas y busca atender a las necesidades propias de cada víctima, establece que las víctimas menores siempre se considerarán especialmente vulnerables¹⁰⁹. En esta misma línea la Directiva 2011/93/UE¹¹⁰ insiste en la necesidad de que la representación legal de los menores y las personas con discapacidad o enfermedad mental en situaciones de abuso o maltrato sea gratuita cuando no cuenten con los recursos económicos necesarios, y además dichos representantes cuenten con una formación específica para tratar con dichas víctimas.

En este ámbito países como Francia, siguiendo los preceptos de la Directiva, han desarrollado una gran cantidad de asociaciones de apoyo¹¹¹ a las víctimas menores, y han establecido que los menores tengan acceso al asesoramiento jurídico de forma gratuita y sin la necesidad de la autorización de sus padres o tutores. En Reino Unido, se traspone directamente la previsión del artículo 22.4 de la Directiva en su ordenamiento, estableciendo que las víctimas menores siempre serán consideradas como especialmente vulnerables y tendrán acceso a servicios especializados de apoyo y ayuda¹²⁶.

3.3. Servicios de Orientación Jurídica

Cada Colegio de Abogados de España tiene sus propios Servicios de Orientación Jurídica (SOJ) y estos servicios están incluidos dentro del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que los ciudadanos podrán acudir a ellos sin coste alguno y beneficiarse de los siguientes servicios:

¹⁰⁷ Artículo 10-5 de la Loi 2015-993, du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

¹⁰⁸ Fundación Carmen Pardo-Valcarce y Fundación Thomson Reuters (2017). *Rights and Protection of Vulnerable Victims in Criminal Proceedings. Comparative legal research*. [online]

¹⁰⁹ Artículo 22.4, “se dará por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o retirada, a la intimidación o a las represalias”

¹¹⁰ Diario Oficial de la Unión Europea L 335/1, del 17 de diciembre de 2011, Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

¹¹¹ Asociaciones como: Antenne des mineurs, GIP Enfance en danger y ictim Support Helpdesk ¹²⁶ Fundación Carmen Pardo-Valcarce y Fundación Thomson Reuters (2017). *Rights and Protection of Vulnerable...*, op. cit.

- Atención especializada por abogados pertenecientes al Turno de Oficio.
- Recibimiento de información sobre el procedimiento a seguir para la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ayuda en la cumplimentación de todos los formularios para la obtención de la misma. Además, se ofrece asesoramiento de cómo impugnar la decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, en caso de denegación del beneficio de asistencia gratuita. Así como informar al solicitante de las consecuencias que tiene la denegación del derecho.
- Asesoramiento y orientación previos a la interposición de la demanda, de forma a estudiar la posible viabilidad de la pretensión.

Los Servicios de Orientación Jurídica están escasamente nombrados en la LAJG, únicamente se hace referencia expresa a los mismos en el artículo 52 de manera casi simbólica. Por lo tanto, serán las propias Comunidades Autónomas las que regulen este servicio, aunque igualmente la reglamentación no es muy extensa. Así, según establece un estudio llevado a cabo por el CEAJ, aproximadamente un 90% de los Colegios de Abogados han establecido diferentes SOJ especializados. Existen, dentro de estos servicios especializados, algunos que se repiten con más frecuencia entre los distintos Colegios de Abogados:

- El Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria (SOAJP) se prestará en todos los Colegios de Abogados que se encuentren en un territorio en el que haya un centro penitenciario. Este servicio vela por los derechos de aquellos que están privados de su libertad.
- El Servicio de Orientación Jurídica para las víctimas de violencia de género, en muchos Colegios de Abogados se estableció este servicio tras el establecimiento del Turno de Oficio específico para este tipo de víctimas implantado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Servicios de Orientación Jurídica en materia hipotecaria, estos servicios han proliferado tras la crisis económica, incluso el Colegio de Abogados de Valencia ha anunciado recientemente que pondrá en marcha el primer Servicio de Orientación Jurídica sobre cláusulas suelo.

En el Anexo 6 se recogen los datos sobre la repartición de las consultas atendidas en función de los distintos Servicios de Orientación Jurídica entre los años 2013 y 2015, y se observa como el SOJ General, Social e Hipotecario es aquel que atiende la mayoría de las consultas, exactamente un 57,62% del total en el año 2015.

Algunos de los Servicios de Orientación Jurídica más innovadores y que han seguido esta reciente tendencia a la mejora de la protección de los derechos de la víctima son los siguientes:

- El Servicio de Orientación Jurídica para personas con discapacidad: este servicio se ha puesto en funcionamiento en este año 2017 en el Colegio de Abogados de Madrid y busca asistir a los discapacitados en temas relacionados con las barreras arquitectónicas, la impugnación o reconocimiento de un cierto grado de discapacidad...
- El Servicio de Orientación Jurídica para las víctimas: el cual ha sido inaugurado en este 2017 también en el Colegio de Abogados de Madrid. Este servicio se dirige al asesoramiento de aquellas víctimas de delitos que se hayan producido en España o que puedan ser perseguidas en nuestro país; así como a sus cónyuges o la persona vinculada a la víctima por una relación de afectividad, los parientes directos y aquellos encargados de la víctima, sus hijos y progenitores, y los tutores o aquellos que ostenten la patria potestad de la víctima.

En cuanto a los datos relativos al uso del Servicio de Orientación Jurídica en la Comunidad de Madrid¹¹², en la cual prestaban servicio 163 letrados en el año 2015, se cursaron unas 26.877 solicitudes de asistencia jurídica gratuita, lo cual representa un aumento del 20% respecto al año 2014. Sin embargo, el número de consultas atendidas en los SOJ fue muy similar entre el año 2014 y 2015 experimentando únicamente un aumento del 3%. En cuanto a los ciudadanos que usan este servicio, en la comunidad de Madrid, se observa que la gran mayoría de estos servicios se prestan al ciudadano común, seguidos por los extranjeros que representan a un 17% de los que utilizan estos servicios y por los presos que representan un 16%¹¹³.

CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado podemos concluir que la Directiva 2012/29/UE ha supuesto gran avance en el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas, así como un refuerzo de la participación de la misma en el proceso penal, pasando a ser un actor principal dentro del mismo. Como ya se ha estudiado, la normativa que el Estado español ha implementado para la aplicación de las disposiciones de la Directiva en nuestro ordenamiento ha abogado por ofrecer una amplia participación de la víctima en el proceso penal. Este respaldo a la intervención de la víctima se ha visto claramente reflejado en los datos obtenidos en el análisis estadístico, los cuales muestran un alto porcentaje de intervención de la acusación particular en el procedimiento. Además, en prácticamente la totalidad de los casos en los que la víctima decide participar activamente en el proceso se interpone algún tipo de indemnización.

¹¹² Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (2015) Memoria anual 2015. Recuperado de https://web.icam.es/bucket/memoria_icam_2015_16.pdf

¹¹³ Anexo 7

Por lo que el apoyo que el nuevo Estatuto de la víctima del delito brinda a la víctima en el ámbito de la participación activa, dentro del procedimiento penal, tiene una clara influencia en el establecimiento de indemnizaciones para las mismas, y por lo tanto es un aspecto muy positivo de esta nueva normativa.

Sin embargo, esta amplia posibilidad de participación en el proceso penal no se ha visto respaldada por una mejora de la protección de la víctima en el proceso a través del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Mientras que la Directiva supedita este derecho a que la víctima tenga estatuto de parte dentro del proceso, la legislación española sigue manteniendo un sistema desigual que condiciona el acceso a la asistencia letrada en función de la capacidad económica de la víctima. La normativa española debería ampliar el derecho y condicionarlo, al igual que la Directiva, a la participación de la víctima en el proceso penal. Esto supondría un importante incremento del coste de este servicio para el Estado, el cual, en caso de decidir no seguir la línea normativa de la Directiva, debería optar por una regulación más restrictiva en el ámbito de la participación activa de la víctima en el procedimiento; paliando, en cierto modo, la desigualdad existente en este momento; y acercándose así a los sistemas establecidos en los países de la Unión Europea.

Otro de los aspectos más importantes de la legislación española en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita, es la estricta determinación de aquellas víctimas que son consideradas “especialmente vulnerables”. Como ya se ha estudiado la Directiva plantea un sistema completamente revolucionario, el cual se basa en la concepción de que todas las víctimas tienen necesidades especiales que deberán ser estudiadas en cada caso concreto de forma a ofrecer un nivel de protección adecuado a cada víctima y cada situación. Este novedoso sistema debería implantarse en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita, de forma que las víctimas que se considerasen especialmente vulnerables pudiesen acceder al beneficio de la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de acreditar la insuficiencia de recursos económicos. Actualmente nuestro ordenamiento contiene una regulación taxativa de las víctimas que pueden acceder a este derecho sin acreditar la falta de recursos económicos. Esto crea una clara desigualdad entre las víctimas, afectando a la reparación del daño de las mismas, puesto que, como ya se ha señalado, la participación de la víctima en el proceso penal tiene un claro efecto en el establecimiento de indemnizaciones; y si por no ser víctima de un delito concreto no pudiese participar en el proceso penal beneficiándose del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de sus recursos, estaríamos ante una clara situación de desventaja.

En conclusión, el actual sistema de justicia gratuita no ofrece garantías a todos los tipos de víctimas, puesto que no sigue la normativa de la Directiva que busca garantizar este derecho a todas las víctimas que sean parte en el proceso penal. Nuestro ordenamiento también limita este derecho sin necesidad de acreditar la insuficiencia de recursos económicos a un grupo específico de víctimas, alejando al resto de este beneficio.

En cuanto a las víctimas jurídicas, como ya se ha señalado en nuestro análisis, únicamente un determinado grupo puede acceder al derecho de asistencia jurídica gratuita, lo que claramente deja en una posición de inferioridad a las mismas, atentando contra el artículo 119 de nuestra Constitución.

Pese a que la transposición de la Directiva no sea perfecta, muchos de sus objetivos pueden conseguirse a través de las actuaciones de los integrantes del aparato judicial, haciendo del proceso penal un procedimiento más sencillo para las víctimas y evitando la victimización secundaria de las mismas. Uno de los aspectos que afecta de manera significativa a esta victimización secundaria es el tiempo que transcurre desde el inicio del procedimiento judicial hasta su finalización, puesto que cuanto más largo es el mismo más se alarga el sufrimiento de la víctima y por lo tanto su victimización secundaria. El análisis estadístico muestra que la mediana del tiempo que transcurre entre la comisión del delito y el establecimiento de una sentencia firme sobre el mismo es de 6 años aproximadamente. La dilatación en el tiempo del procedimiento penal provoca una victimización secundaria en el perjudicado, retrasando la reparación del daño sufrido.

Uno de los aspectos que puede mejorar esta situación es la formación específica de los profesionales que estén en contacto con las víctimas. La normativa ha venido recogiendo nuevas formas de asistencia a las víctimas, y en el caso de la asistencia jurídica gratuita la creación de turnos de oficio y de servicios de orientación jurídica especializados en determinados grupos de víctimas ayudará a paliar la victimización secundaria. Sin embargo, la organización de los turnos de oficio y de los servicios de orientación jurídica está regulada por los propios Colegios de Abogados, lo cual desemboca en grandes desigualdades entre los distintos territorios.

Una regulación a nivel estatal sería beneficiosa para las víctimas que verían sus derechos homogeneizados y la lucha contra la victimización secundaria sería así más efectiva, abarcando todo el territorio nacional.

En definitiva, la asistencia jurídica gratuita es un derecho fundamental para las víctimas que se ha visto mejorado paulatinamente, ofreciendo una asistencia más especializada e inmediata. Sin embargo, las desigualdades existentes dentro del territorio nacional y la falta de integración de ciertos preceptos de la Directiva hacen que este derecho no despliegue todos sus beneficios en la reparación del daño de la víctima dentro del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

Abogacía Española y Wolters Kluwer España (Julio 2016). *Justicia Gratuita. X. Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita. Estadística completa 2011-2015*. Recuperado de: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/07/X-Observatorio-JJGG-completo-red.pdf>

- AGUILERA GORDILLO, R. (1 de mayo, 2011) *Sobre el Derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita de las Personas Jurídicas* [Artículo doctrinal] Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4654-sobre-el-derecho-a-la-asistencia-juridica-gratuita-de-las-personas-juridicas-/derecho-a-la-asistencia-juridica-gratuita-de-las-personas-juridicas/>
- CALLEJA ESTELLÉS, MARIANO (2016). *La trata de personas en el derecho español*. Recuperado de: http://www.carm.es/ctra/cendoc/doc-pdf/convocatorias/2016_Traata-personas_derecho_espa%C3%B1ol.pdf
- CASTRO, BEGOÑA (2016). La abogacía por la protección y defensa a las víctimas y la Cultura de Paz. *Revista Galde*, 16, pp.37-39. Recuperado de http://web.icam.es/bucket/ARTICULO_REVISTA_GALDE.pdf
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, del 18 de mayo 2011, *Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE* (COM (2011) 274 final). Recuperado de: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/eu/marcoInternacional/ambitoInternacional/unionEuropea/instituciones/consejo/medidas/docs/12Refuerzo_Derechos_Victimas_UE.pdf
- CONDE RUIZ, ALMA MARÍA. *Regulación de las oficinas de asistencia a las víctimas y funciones en la fase de ejecución penitenciaria de la pena conforme a la ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito y el real decreto 1109/2015 de 11 de diciembre*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGN-TJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde%20Ruiz,%20Alma%20Mar%C3%ADa.pdf?idFile=0331bbb-a-e231-4b08-adce-d697d36cc22a
- CUEVAS GAMA, M.S., GÓMEZ AMBROSIO, S., LORENTE PÉREZ, I., REDONDO ÁLVAREZ, J.A., (16 marzo, 2016). *Turno de Oficio* [Obra colectiva]. Decanato de los Juzgados de Valencia (2016). Guía Práctica para la aplicación del Estatuto de la Víctima en los juzgados de Valencia. Recuperado de: http://portales.gva.es/c_justicia/decanato/e-victima/Guia-pract-aev.pdf
- Delegación de Gobierno para la Violencia de Género (2015) *Asistencia Jurídica Gratuita a todas las víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos, asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela y turno de guardia permanente para la prestación de estos servicios en los colegios de abogados, novedades de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Recuperado de: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG_INF_ORMA_Asistencia_Juridica.pdf
- Dg Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection

- of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA (European Commission, December 2013)
- Encuentro de Abogados especialistas en Derecho de Extranjería y Asilo (2013). *Asistencia Letrada especializada a Víctimas de Trata de Seres Humanos, como Garantía de Reparación Integral*.
- ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO (2010). *Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas. 3.4 La víctima como parte acusadora*. [Curso online de la Universidad del País Vasco]. Recuperado de [http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales%20postgrado/3%20RESPUESTAS%20JUR%C3%8DDICAS/5%20La%20v%C3%A Dctima%20como%20parte%20acusadora%20\(F.%20Etxeberria\).pdf](http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales%20postgrado/3%20RESPUESTAS%20JUR%C3%8DDICAS/5%20La%20v%C3%A Dctima%20como%20parte%20acusadora%20(F.%20Etxeberria).pdf)
- FERNÁNDEZ APARICIO, JUAN MANUEL (2005). Las Costas de la Acusación Particular. *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid* (20). Recuperado de: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142295602349&csArticulo=true&cidRevistaElegida=1142295573679&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU
- Fundación Carmen Pardo-Valcarce y Fundación Thomson Reuters (2017). *Rights and Protection of Vulnerable Victims in Criminal Proceedings. Comparative legal research*. [online]. Recuperado de: <http://pardohttp://pardo-valcarce.com/urls/comparative-law-research.pdfvalcarce.com/urls/comparative-law-research.pdf>
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. (2015). Los aspectos esenciales del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (núm. 37), pp.181-220. Recuperado de <https://proview-thomsonreuters-com.biblioteca5.uc3m.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranzadi%2Fperiodical%2F106406085%2Fv20150037.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e330000015a9a-4d4789804a2 1ca#sl=e&cid=0ccdea8ce088a5f84855af412deed02a&eat=%5Bbid%3D%2211%22%5 D&pg=&psl=&nvgS=false>.
- Grupo de expertos/as en violencia doméstica y género del CGPJ (2017). *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2015, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores*.
- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (2015). *Memoria Anual*. [online] Madrid. Recuperado de: https://web.icam.es/bucket/memoria_icam_2015_16.pdf
- Ilustre colegio de Abogados de Madrid. *Protocolo de actuación de letrados del turno de oficio en materia de trata de seres humanos*. Recuperado de [http://web.icam.es/bucket/Protocolo%20trata%20definitivo\(2\).pdf](http://web.icam.es/bucket/Protocolo%20trata%20definitivo(2).pdf)
- JOSÉ GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL (2016). El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Electrónica de*

- Ciencia Penal y Criminología*, (número 18-24), pp. 1-84. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf>
- Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (28 de octubre de 2014). *Normas reguladoras turno de Oficio*. Recuperado de: https://web.icam.es/bucket/1420198848_NORMAS%20APROBADAS%2028.10.14.pdf
- MARCO ROMÁN, MARÍA (2014). *Crimipedia: Asistencia a la víctima*. Recuperado de: <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2015/07/Asistencia-a-la-v%C3%ADctima.pdfv%C3%ADctima.pdf>
- Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios (2015). *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Delitos+de+Odio+2015.pdf/22567062-7e66-4059-8f1e-d9eb6c1dd53f>
- Ministerio del Interior (2015). *Todas las víctimas del terrorismo tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita y asesoramiento especializado*. [online] Recogido de: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/4789260
- Ministerio de Justicia (2013) *Memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica gratuita*. Recuperado de: <http://www.icab.cat/files/242-410048-DOCUMENTO/Analisis%20Impacto%20normativo%20modificacion%20LAJG%20julio%202013.pdf>
- Ministerio de Justicia. (2017). *Asistencia Jurídica Gratuita - Trámites y gestiones personales*. [online] Recuperado de: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramiteshttp://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/asistencia-juridica-gratuitagestiones-personales/asistencia-juridica-gratuita>
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2015). *Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*. Recuperado de http://www.msssi.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/DOC/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *Hacia un estatuto jurídico de las víctimas en España: la necesidad de un nuevo modelo de protección*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/7_5Ponencia%20Sr%20Tamarit.pdf?idFile=a3afef05-590d-4705-bb73-4239dcb5568f
- United Nations (2000) *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Recogido de: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolTraffickingInPersons.aspx>
- VALENCIA SÁNCHEZ, ANA MARÍA. (2014). *El derecho a la justicia gratuita*. (Trabajo fin de grado, Universidad de Valladolid). Recuperado de https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/5803/1/TFG-D_0016.pdf

Parte II

EJECUCIÓN PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo III

COMPETENCIA JUDICIAL EN EJECUCIÓN PENAL

Alberto Rodríguez Abad

1. COMPETENCIA

1.1 Competencia objetiva, territorial y funcional

En Derecho procesal, el conjunto de normas mediante las que se asigna un determinado asunto a un órgano jurisdiccional concreto se denomina «competencia». Qué clase de órgano, de qué instancia y bajo qué circunscripción será el competente para conocer de una concreta pretensión, va a venir determinado por dichas reglas¹.

Inicialmente, habrá que cerciorarse que ha de conocer sobre la pretensión un tribunal español pues, aunque esto no se trate de una norma de competencia cómo tal, se han de respetar también las normas de extensión y límites de la jurisdicción española. Una vez dentro de la jurisdicción del órgano español, el siguiente paso sería la atribución del asunto a un concreto orden jurisdiccional, es decir, qué orden judicial tiene competencia y qué criterios de atribución existen dentro del mismo. Conforme al concreto estudio de esta monografía, nos vamos a ceñir al orden penal y sus tres criterios de atribución de asuntos: objetivo, territorial y funcional².

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en su art. 9.3, atribuye al orden penal la competencia genérica de los asuntos «criminales». Ahora, dada la existencia de multitud de jueces y tribunales penales en España, habrá de determinarse cuál de ellos será el competente para el conocimiento de la pretensión. Mediante los criterios de atribución, se habrá de diferenciar entre juzgados y tribunales de un mismo tipo (criterio objetivo), distribuir entre esos órganos según la fase del proceso en la que se encuentre el asunto (criterio funcional) y, finalmente, atribuir a un órgano de un lugar concreto, sobre otro igualmente competente desde la perspectiva objetiva (criterio territorial)³.

¹ GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. Extensión y límites de la jurisdicción y competencia. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 161.

² Coincidentes dichos criterios con el orden judicial civil.

³ GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. *Ibidem*, p. 167.

Respecto al criterio de atribución objetiva a unos concretos órganos jurisdiccionales en una causa penal, vendrá determinado por la Ley⁴, en base a un criterio cualitativo, quién es el imputado (posibilidad de aforamiento), y otro cuantitativo o material, que estemos ante un delito⁵.

La competencia territorial en orden penal, por su parte, opera bajo el principio «forum commissi delicti», es decir, el lugar de la comisión del delito. No obstante, se establecen unos fueros subsidiarios para cuando se desconozca éste⁶.

Por último, y más importante para este estudio, el criterio funcional de la competencia penal. Éste opera, al igual que en el orden civil, asignando funciones distintas de un mismo asunto a tribunales que son competentes tanto conforme al criterio objetivo como al territorial. La propia Ley⁷ establece que el juez o tribunal conocerá funcionalmente no sólo del pleito principal, sino de los incidentes acaecidos, las excepciones que se propongan, la reconvención, en su caso, y de la ejecución, tanto de providencias y autos como de la propia sentencia⁸. De hecho, la competencia «funcional» de la ejecución penal es el centro de estudio de este ensayo, pero ¿en qué consiste?, ¿es realmente una competencia funcional?, ¿se trata de una competencia jurisdiccional o podría estructurarse administrativamente?, ¿cómo se articula en otros países?

1.2. Competencia «funcional» de la ejecución penal

GÓMEZ ORBANEJA⁹ afirma, *“el fin del proceso penal es siempre práctico. No hay proceso sino en cuanto a la pena que, de corresponder, pueda ser actuada”*. A su vez, el art. 100 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) establece que *“de todo delito o falta nace acción penal para el castigo culpable”*. Por tanto, la declaración de culpabilidad penal efectuada por un órgano judicial no es suficiente, siendo necesario que la condena impuesta tenga efectividad para un sistema con todas las garantías (art. 24.1 de la Constitución Española de 1978)¹⁰.

⁴ En concreto el art. 14 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵ Si bien, conviene aclarar que tal y como reconoce GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. La competencia penal. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*. Tirant lo Blanch. p. 41., dicha fijación de la competencia basada en un criterio cuantitativo o material, *“se hace en abstracto, es decir, en función de la cantidad de pena señalada al delito por el CP, y no por la pena concreta solicitada por la acusación (STS de 4 de mayo de 1998, RA 2747)”*.

⁶ Art. 15 LECrim y art. 15 bis que establece el fuero del domicilio de la víctima en casos de violencia de género.

⁷ Arts. 117.3 de la Constitución Española de 1978, 2.1 LOPJ y 9 LECrim.

⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. *Ibidem*, p. 169.

⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., 1984. *Derecho procesal penal*. 10ª ed. Madrid: Tecnos., p. 4.

¹⁰ VILLANUEVA, C.N., 2005. Ejecución de la pena privativa de libertad. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, p. 19.

La ejecución penal es el conjunto de actividades enfocadas al cumplimiento efectivo de las sanciones penales. Lo que equivale a la manifestación de la potestad punitiva estatal mediante mecanismos que aseguren el cumplimiento de las sanciones impuestas en la sentencia³³. En el proceso penal, el *ius puniendi* o derecho a sancionar pertenece al Estado y nadie más que él puede hacerlo efectivo. La ejecución judicial encuentra su justificación en evitar la autotutela, ya que si se declarara el Derecho en tutela de los derechos de los justiciables, pero luego el Estado no contrajera o se responsabilizase de la realización de lo declarado, se generaría un nuevo conflicto social¹¹.

Ahora, esto no implica que la ejecución penal quede libre de control judicial. Trayendo a colación el apartado anterior, la competencia para la ejecución es una de las exteriorizaciones más célebres de la competencia funcional. En el ámbito penal, conforme los arts. 984, 985 y 986 de la LECrim, la regla general es que la ejecución de la sentencia en los juicios sobre faltas¹² corresponden al órgano que haya conocido del juicio y en las causas por delito corresponden al tribunal que hubiera dictado la que sea firme, con la excepción de aquella sentencia dictada tras la casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se ejecutará por el Tribunal que hubiera emitido la sentencia casada¹³. De hecho, parece que el objeto último de la competencia funcional en la ejecución penal sea que ésta corresponda al órgano que hubiera conocido del proceso en primera o única instancia, puesto que resulta de dicho conocimiento una vinculación especial con el asunto¹⁴.

No obstante, la aparición de la figura del «Juez de Vigilancia Penitenciaria», que posteriormente estudiaremos con detenimiento, para muchos supone una quiebra de este principio de unidad judicial, pues consideran que las sentencias emitidas están siendo ejecutados por órganos que no han dictado las mismas. Y es que, este órgano supone una disociación de competencias entre enjuiciamiento y ejecución, que menoscabaría la eficacia de la política criminal, pues esa deseada vinculación en la ejecución del órgano sentenciador con el asunto se quiebra. Es por ello que cuando enfatizamos o entrecomillamos la competencia «funcional» de la ejecución penal es porque aquello de que el juez o tribunal conocerá funcionalmente no sólo del pleito principal sino de la ejecución (entre otras tareas), no es del todo cierto, pues no lo hace en exclusividad.

¹¹ BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., 2015. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. 3ª edn. Las Rozas (Madrid): La Ley., pp.393-394.

¹² Posteriormente trataremos la controversia surgida respecto a la desaparición de faltas y la competencia en la ejecución penal de los delitos menos graves tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J., 2015. *Derecho procesal penal*. Madrid: Tecnos, p. 506.

¹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., 2005. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal: jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita*. V. 4, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 3812.

1.3. ¿Competencia administrativa o jurisdiccional?

En el apartado anterior hemos definido en qué consiste la ejecución procesal penal. Sin embargo históricamente se ha discutido sobre la naturaleza de la misma y el grado de participación que debe tener la Administración, especialmente en lo que a penas privativas de libertad se refiere. Por ello, en este nuevo apartado, hablaremos en primer lugar de la situación actual de la ejecución penal, expondremos y debatiremos sobre las distintas corrientes doctrinales que existen respecto a su naturaleza jurídica y, para concluir, un corolario de cuáles habrían de ser las líneas futuras a seguir.

Actualmente, la ejecución penal presenta una naturaleza mixta: jurisdiccional y administrativa. Es decir, a pesar del vehemente intento de jurisdiccionalización de la misma, la Administración del Estado desempeña múltiples tareas relacionadas con la ejecución de las sentencias, especialmente cuando hablamos de penas privativas de derechos fundamentales como es la libertad personal.

El efectivo cumplimiento de los fallos de las sentencias que condenan a penas privativas de libertad se confía a tres instituciones distintas: los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y las instituciones penitenciarias dependientes del Ministerio del Interior. Ahora, si bien la primera presenta un carácter puramente jurisdiccional, no es así en el caso de las otras dos. La naturaleza administrativa de las administraciones penitenciarias resulta palpable pero no son pocos los que confieren una naturaleza parcialmente administrativa a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria quienes, según el art. 77 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP)¹⁵, comparten competencias con la Administración¹⁶.

La cuestión ahora es saber cuál es el origen de esta delegación en la Administración de funciones ejecutivas en el proceso penal que obligó, en mi opinión, a la jurisdiccionalización de la misma con la creación de órganos como los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Pues bien, hasta la aprobación de la LOGP, tras la emisión de la sentencia condenatoria, las autoridades administrativas se encargaban, en el sentido amplio del término, de la ejecución de las penas privativas de libertad. En palabras de MANZANARES SAMANIEGO la jurisdicción “*se despedía del reo en la puerta del penal*”¹⁷. Es decir, los juzgados sentenciadores transferían a la Administración penas que posteriormente se concretaban e individualizaban sin control jurisdiccional alguno. Eran ellos quienes decidían la intensidad y duración concreta de la misma en función del

¹⁵ Por ejemplo, aprobar sanciones, autorizar permisos de salida o formular propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias relativas a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia o a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos penitenciarios, entre otros extremos.

¹⁶ ARMENTA DEU, T., 2015. Lecciones de derecho procesal penal. 8ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 419.

¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 1981. La problemática del Juez de Vigilancia. Revista de Estudios Penitenciarios, (232-235).

régimen y otorgamiento de beneficios aplicado¹⁸. El problema era que esto pugnaba con la defensa de los derechos fundamentales reconocida en la Constitución Española (CE), además de con la facultad otorgada al poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que recoge el art. 117.3 CE.

Admitida pues la existencia de actividad jurisdiccional posterior a la emisión de la sentencia, no podemos menos que pararnos a analizar la conveniencia de ésta en el proceso penal. Para ello habremos de hacer alusión a la naturaleza jurídica de la misma y las tres corrientes que han estudiado la materia tanto en nuestra doctrina como en derecho comparado.

Los estudios acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución penal se fragmentan en tres grandes corrientes: tesis administrativas, tesis jurisdiccionales y tesis mixta o ecléctica¹⁹.

Tesis administrativa

Originada en la doctrina italiana y seguida en nuestro país por algunos autores, esta tesis apuesta por el carácter administrativo de la ejecución penal, no obstante me centraré en la doctrina planteada por GONZÁLEZ NAVARRO²⁰ y MATA TIERZ²¹ quienes tienen a mi manera de ver una teoría más identificable con la realidad de nuestro tiempo.

GONZÁLEZ NAVARRO es especialmente duro respecto a la creación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria por la LOPJ puesto que considera que el conocido como “*comienzo de la judicialización de la ejecución de las penas*” no es más que una “*perversión semántica*”²². Afirma que un juez de vigilancia penitenciaria no es más que un funcionario de carrera judicial a la cabeza de una unidad orgánica de la Administración penitenciaria, cuyas funciones no son puramente judiciales sino administrativas. Además, añade que la ejecución penal, independientemente de los intentos de huma-

¹⁸ GARCÍA ALBERO, R. and TORRES ROSELL, N., 2012. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Ejecución y derecho penitenciario. FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, p.7-10.

¹⁹ Para el análisis de las teorías de la naturaleza jurídica de la ejecución penal parto tanto de la obra de NAVARRO VILLANUEVA, C., 2005. Ejecución de la pena privativa de libertad. Barcelona: J.M. BOSCH

EDITOR, como de la tesis doctoral de GONZÁLEZ CANO, M.I. y MORENO CATENA, V., 1993. El juez de *vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad*, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público y de Filosofía del Derecho, Área de conocimiento de Derecho Procesal. Ambas exponen amplia y detalladamente las posiciones procesales italianas y españolas en cuanto a ejecución penal se refiere.

²⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F., 1991. Poder domesticador del Estado y derechos del recluso. Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. 1ª edn. Madrid: Civitas, pp. 1053-1197.

²¹ MATA TIERZ, J.M., 1967. Competencia en el cumplimiento de las penas de privación de libertad. Revista de Estudios Penitenciarios, (julio-diciembre), pp. 393-416.

²² GONZÁLEZ NAVARRO, F., 1991., *Ibíd.*, p.1109.

nización del cumplimiento de las penas mediante organismos que vigilen los derechos de los internos, no deja ser la manifestación del “*poder domesticador del Estado*”. Importante señalar que estamos en 1991 cuando se publican las declaraciones de este autor, sin embargo en su intento de dar una visión objetiva de la realidad penitenciaria, pone de manifiesto una situación que a mi modo de ver y con ciertos matices representa la realidad que vivimos hoy en día.

MATA TIERZ, por su parte, y más radical si cabe en sus argumentos, afirma que el carácter administrativo de la ejecución de la pena deriva de un necesario intento por aumentar la efectividad de los fines impuestos en la sentencia²³. Que si en un primer momento pudiéramos pensar que resulta un argumento convincente en cuanto a celeridad procesal, es excesivo por lo que se pone en juego. Pues plantear atribuir naturaleza administrativa a la ejecución para conseguir cumplir los fines de la pena bajo un objetivo de eficacia procesal, va en contra de la protección de derechos fundamentales como la libertad. De hecho, pierde sentido si tenemos en cuenta que cuando MATA hace estas declaraciones la Administración Penitenciaria campaba a sus anchas sin ningún control jurisdiccional objetivamente hablando²⁴.

Tesis jurisdiccional

También de inspiración italiana, las tesis jurisdiccionales abogan por una naturaleza puramente judicial de la ejecución. BAROSIO, precursor de esta doctrina, atribuye dicho carácter a la ejecución penal dado que “*los actos coercitivos de los órganos administrativos son legales y eficaces en cuanto son efecto del acto jurisdiccional que presuponen*”²⁵. No obstante, dicha teoría nace previa a la publicación del nuevo Código di Procedura Pénale de 1988, cuando la tesis mayoritaria era atribuir carácter administrativo a la ejecución penal y no habían surgido, aún, las figuras del Juez de Ejecución y la Magistratura de Vigilancia (equivalente a nuestro Juez de Vigilancia Penitenciaria).

Sin embargo, GIOSTRA²⁶ ya en los 90, atribuye carácter jurisdiccional al procedimiento de ejecución penal. Hasta ese momento, la ejecución de la sentencia era valorada como una parte separada del proceso penal puesto que la intervención de la Magistratura de Vigilancia rompía con el principio de legalidad al considerarse que el carácter de dicha figura no era del todo jurisdiccional. Sin embargo, GIOSTRA plantea que la ejecución no quedaría fuera del proceso penal puesto que, si bien la Magistratura de Vigilancia ejercía funciones administrativas, desde el momento en que la pena puede ser modificada una vez emitida la sentencia, el principio de legalidad pro-

²³ MATA TIERZ, J.M., 1967., *Ibidem*, p. 397.

²⁴ NAVARRO VILLANUEVA, C., 2005., *Ibidem*, pp. 85-86.

²⁵ BAROSIO, V., 1958. Esecuzione penale. *Enciclopedia del diritto*. Milano: A. Giuffrè, T. XV., p. 491.

²⁶ GIOSTRA, G., 1992. *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*. Milán: A. Giuffrè.

pio del proceso actúa y exige un procedimiento jurisdiccional seguido por un órgano judicial que reúna todas las garantías constitucionales (independencia, imparcialidad y autonomía)²⁷.

En lo que respecta a la doctrina española, FAIRÉN y BUENO ARUS²⁸ defienden una unidad jurisdiccional del proceso penal incluida la ejecución de la pena. En concreto,

FAIRÉN defiende que el fin del proceso penal es la consumación de la ejecución, y ésta como tal no se produce hasta que haya sido cumplida la pena. Además, promueve una ejecución dinámica de la sanción basada en los principios constitucionales de resocialización y reinserción, que obliga a la intervención de un órgano jurisdiccional durante todo el proceso que ampare dicho pretexto.

Otro de los pilares de esta doctrina es el mandato constitucional del art. 117.3, que establece que “...la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...”. MORENO CATENA²⁹, basado en este precepto, establece que hacer ejecutar lo juzgado no consiste sólo en decidir sobre el inicio y fin del cumplimiento de la pena sino que habrá de tenerse en cuenta también el modo en que ésta se efectúa, otorgándole el cariz jurisdiccional a la inspección de la ejecución que estamos comentando.

El Tribunal Constitucional ha seguido esta teoría y ha establecido doctrina reiterada al respecto. Entre otras muchas, la Sentencia núm. 18/1997, de 10 de febrero, en su fundamento jurídico 3º estableció que “...la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna...”.

Si bien estas doctrinas parten de concepciones sobre las que nada tengo que objetar, creo que les faltan ciertas matizaciones en cuanto a la necesidad de distinguir entre la ejecución del título ejecutivo y la ejecución material de la pena, ya que ésta última, goza de naturaleza administrativa independientemente de que se encuentre sometida a control jurisdiccional. De hecho, el órgano judicial sentenciador únicamente ordena a la Administración que ejecute materialmente la pena. El cómo se lleva a cabo es una función administrativa controlada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

²⁷ NAVARRO VILLANUEVA, C., 2005., *Ibidem*, pp. 90-91 conforme a la obra de GIOSTRA, G., 1992., *Ibidem*, pp. 66 y ss.

²⁸ NAVARRO VILLANUEVA, C., 2005., *Ibidem*, pp. 91-96 expone las teorías jurisdiccionales nacionales de FAIRÉN GUILLÉN, V., 1969. El proceso como función de satisfacción jurídica. Temas del ordenamiento procesal. Madrid: Tecnos, T. I.; y BUENO ARÚS, F., 1983. Los jueces de vigilancia penitenciaria y la criminología. Poder Judicial, nº 7.

²⁹ MORENO CATENA, V., 2015. Lección 42. La ejecución. *Derecho procesal penal*. 7ª edn. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 603.

Tesis mixtas

Por último, las tesis mixtas o eclécticas son aquellas que apuestan por una ejecución penal con aspectos tanto administrativos como jurisdiccionales. Sus máximos exponentes son MANZINI³⁰ en Italia y GÓMEZ ORBANEJA³¹ en España.

MANZINI distinguía entre elementos penales, administrativos y “contencioso - ejecutivos”. Los primeros haciendo referencia a las normas que regulan la esencia de la ejecución penal, es decir, condiciones, modificaciones y límites de la pena. Los segundos en representación de la ejecución material de la condena o normas de régimen penitenciario y ordenación interna de los centros. Y los terceros, incidentes de la ejecución que tienen como función principal resolver aquellos contratiempos que se produzcan después de la emisión de una sentencia de condena en firme. A su vez, concebía que el fin del proceso penal lo constituía la emisión del título ejecutivo, de tal manera que una vez emitida la sentencia, en la ejecución de la misma sólo habrían de intervenir aspectos administrativos y “contencioso-ejecutivos”. Pues bien, parece que este autor entendía que la ejecución procesal penal tiene un marcado carácter administrativista con esporádicas intervenciones judiciales cuando surge alguna controversia que haga necesaria el pronunciamiento del órgano³².

En la doctrina española, GÓMEZ ORBANEJA, en su caso, sí consideraba la ejecución como parte del proceso y actividad jurisdiccional. Si bien el órgano judicial no ejecuta directamente la pena y confía dicha actividad a los órganos administrativos competentes, es la función jurisdiccional la encargada de ejecutar las sentencias en todo caso. Volvemos en cierta manera al carácter administrativo de la ejecución penal con intervención del órgano judicial sólo cuando se produzcan incidentes durante su consumación³³.

MORENO CATENA califica de “*subordinada e instrumental*”³⁴ la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de la pena dado que el órgano judicial no dispone de medios hábiles para custodiar a los presos, o lo que es lo mismo, por cuestiones de economía procesal.

Actualmente, ésta es la teoría mayoritaria seguida por la doctrina³⁵ puesto que no se puede eludir que vigilar o fiscalizar la actividad penitenciaria tiene un marcado componente administrativo. La actividad jurisdiccional tal y como establece la CE consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», sin embargo, cuando hablamos de ejecución no

³⁰ MANZINI, V., 1954. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de SENTIS MELENDO, S. y AYERRA REDIN, M.; Buenos Aires: Ediar Editores. T.V.

³¹ GÓMEZ ORBANEJA, E., 1949. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria*. Barcelona: Bosch, V. I., pp. 56 y ss.

³² GONZÁLEZ CANO, M.I. y MORENO CATENA, V., 1993., *Ibidem*, pp. 98-102.

³³ GONZÁLEZ CANO, M.I. y MORENO CATENA, V., 1993., *Ibidem*, pp. 103-104.

³⁴ MORENO CATENA, V., 2015., *Ibidem*, p. 603.

³⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., 2012. *Ibidem*, pp. 22-23.

sólo estamos hablando de ejecución del título ejecutivo sino también de la ejecución material de la pena, y ésta, no es del todo jurisdiccional. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, una vez emitida la sentencia, ejerce funciones jurisdiccionales en los supuestos en los que sea necesario modificar el título ejecutivo, pero la mayoría del tiempo sus competencias son del todo administrativas como vigilante de la acción judicial.

Sin embargo, y tras analizar las tres tesis, me planteo, hoy en día la ejecución penal ¿se trata de una competencia jurisdiccional o administrativa? y, en su caso, ¿podría funcionar, en exclusiva, como una estructura administrativa?

La respuesta no es sencilla dado que la ejecución penal consiste en una combinación de actividades heterogéneas asignadas a órganos de signo contrario, unos administrativos y otros judiciales. Esto imposibilita en cierta manera decantarnos por una opción. De hecho, creer que la labor judicial acaba con la emisión del título ejecutivo es, cuanto menos, anómalo pues persiste la necesidad de cumplir con el objeto del proceso que no es otro que el cumplimiento íntegro de la pena impuesta.

Existen diversos motivos que impulsan la jurisdiccionalización de la ejecución penal³⁶ como que la cuantía la pena de prisión pueda variar en función del régimen asignado y los beneficios penitenciarios, la tutela judicial efectiva de los derechos de los reclusos, la subordinación de la Administración al control de por los Tribunales (art. 106.1 CE) y el control de los organismos de la propia Administración Penitenciaria, habilitados para la imposición de sanciones entre sus competencias³⁷. Sin embargo, ya sea por problemas de cooperación entre la Administración y los órganos judiciales, insuficiencia normativa como posteriormente veremos, necesidad de unificación jurisprudencial o insuficiencia procesal, la jurisdiccionalización de la ejecución penal no está funcionando bien.

Por tanto, a mi modo de ver, de acuerdo con que el control jurisdiccional de la Administración Penitenciaria tenga que existir puesto que se ponen en juego derechos fundamentales, ello no obsta para que se atribuya al Juez de Vigilancia Penitenciaria todas aquellas competencias asumidas desde un inicio por el juez sentenciador en cuanto a ejecución material de la pena. No olvidemos que los jueces de vigilancia son funcionarios de carrera judicial, y como tal poseen las competencias profesionales necesarias para realizar cuantas tareas, en principio, se le asignen.

No obstante, y adelantándome al curso de la investigación, que la eficacia en la ejecución penal no sea óptima no es tanto por la necesidad de una administrativización de la misma sino una mala gestión y organización³⁸.

³⁶ CASTRO ANTONIO, J.L., 2010. El control judicial de la actividad penitenciaria. Sistema español y derecho comparado, 2010.

³⁷ A este respecto, la STC núm. 77/1983, de 3 de octubre, del magistrado DÍEZ-PICAZO, que en fundamento jurídico 2º establece que “...nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado tercero, aunque, como es obvio, sometién-dole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.”

³⁸ Como ya pusiera de manifiesto el CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL, SERVICIO DE

1.4. Derecho procesal penal internacional

El objetivo de este apartado es mostrar cómo funciona el sistema de ejecutorias penales a nivel internacional, su eficacia y en qué medida deberíamos o no seguir ejemplo de otros países.

Históricamente, al igual que en España, en otros países no ha existido ningún tipo de control judicial sobre las ejecuciones penales derivado la teoría administrativista del siglo XIX. Sin embargo, con el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, en las últimas décadas, se han seguido tres modelos de control: control externo de tipo administrativo mediante sistemas de inspección de prisiones, control indirecto de tipo judicial a cargo de los tribunales sentenciadores y control directo, también judicial, realizado por un órgano judicial especializado³⁹.

INGLATERRA Y GALES son el máximo exponente del control externo de tipo administrativo. El *HM Inspectorate of Prisons* (Inspección de Prisiones de la Corona) es el encargado de vigilar el buen funcionamiento de las prisiones a lo largo del país. Esto se debe a que el sistema anglosajón entiende que la labor del juez finaliza una vez emitido el título ejecutivo, albergando el control de la ejecución, a partir de ese momento, la Administración Penitenciaria⁴⁰.

Ahora, visto el debate del apartado anterior sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal, lo primero que se nos viene a la cabeza es que ésta figura choca con la separación de poderes del Estado por encontrarse sometida a la estructura jerárquica del Gobierno. Además, me planteo ¿qué funcionalidad puede tener un órgano cuyas decisiones no son vinculantes para los órganos judiciales?

La práctica inglesa ha resuelto este problema atribuyendo a los inspectores un importante grado de independencia en su labor como vigilantes de la Administración Penitenciaria, sin olvidar que los reos siempre tienen la opción de recurrir a la justicia. En cuanto a las decisiones que toman, si bien no son vinculantes, estudios como el de profesor MATTHEWS en el año 2011⁴¹ plantean que aproximadamente el 70% de las recomendaciones son implementadas, resultando ser un mecanismo para la fiscalización de la ejecución más eficaz que el de los ya conocidos Jueces de Vigilancia Penitenciaria o Ejecutorias (Latinoamérica).

En cuanto al control de la ejecución indirecto o impropio, que es aquel asignado a los tribunales sentenciadores, CHILE, aunque en vías de reforma, constituye uno de

INSPECCIÓN, 2008. Informe que emite el Servicio de Inspección en relación a la situación que representan los Juzgados penales de ejecutorias de España. CGPJ.

³⁹ MORALES PEILLARD, A.M., WELSCH CHAHUÁN, G. y HURTADO BUNSTER, M.T., 2015. *Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas*. Santiago de Chile: Fundación Paz Ciudadana, Telefónica, Hanns Seidel Stiftung, p. 4.

⁴⁰ MORALES PEILLARD, A.M., 2015, *Ibidem*, p. 10.

⁴¹ MATTHEWS, R., 2011. Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica. *Revista Política Criminal*, 6(12), pp. 296-338.

los principales sistemas que siguen esta estructura. No obstante, conviene señalar que éste es un caso particular puesto que el sistema de ejecuciones penales chileno entremezcla mecanismos de control administrativos externos con procedimientos de control judicial indirectos o impropios⁴².

Este sistema ha sido duramente criticado por la doctrina argumentando perjuicios en economía procesal pues recarga de trabajo a los tribunales, además, de la falta de especialización para poder ocuparse eficazmente de las cuestiones asociadas a la ejecución y que el recluso cumpla la pena en una cárcel distante geográficamente del juzgado sentenciador, lejos de su control⁴³. Sin embargo, que la situación nacional chilena presente un importante déficit en lo que a ejecución penal y desprotección de los derechos fundamentales de los reos se refiere, en mi opinión, no deriva necesariamente de la necesidad de constitución de la figura del juez de ejecución sino de la falta de un cuerpo normativo con rango de ley que regule la ejecución de la penas taxativamente.

Actualmente, en puridad⁴⁴, no es el sistema mayoritariamente seguido dado el recargo de trabajo que se cierne sobre los tribunales pero conviene mencionarlo.

Por último, y más importante en cuanto a este estudio se refiere, el control directo o propio efectuado por órganos especializados en la vigilancia y fiscalización de la actuación de la Administración Penitenciaria. El Juez de Vigilancia Penitenciaria en ESPAÑA; las salas de ejecución penal en ALEMANIA⁴⁵; o los jueces de ejecución penal en BRASIL⁴⁶, BOLIVIA⁴⁷, COLOMBIA⁴⁸ o ARGENTINA⁴⁹, son ejemplos de esta corriente.

⁴² El artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales (COT) de Chile establece que le corresponde al juez de garantía “*hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal*”, aun cuando no se especifique un procedimiento concreto mediante el que tramitar los reclamos o solicitudes ni las materias especificadas.

⁴³ MORALES PEILLARD, A.M., 2015, *Ibidem*, p. 11, en relación a la obra de CESANO, J.D., 2001. Algunas cuestiones de derecho de ejecución penitenciaria, *Exposición elaborada para el “Seminario de Ejecución Penitenciaria” organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*, 22 y 23 de noviembre 2001.

⁴⁴ Digo “en puridad” porque si bien la mayoría de países han optado por un órgano jurisdiccional especializado en la materia, por lo general, los jueces sentenciadores de los mismos, en todos aquellos casos en que les hubiere correspondido dictar una sentencia de condena, practican un tipo de control *impropio o indirecto* sobre las causas cuya ejecución penal les corresponde proteger.

⁴⁵ Introducidas mediante la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o Ley Penitenciaria Alemana (*Strafvollzugsgesetz*), que entró en vigor el 1 de enero de 1977.

⁴⁶ Brasil fue el primer país del mundo en establecer los jueces de ejecución de penas en la Ley Federal de 1922 y posteriormente en el Código de Procedimiento Penal y disposiciones ulteriores como la Ley de Ejecución de 1984.

⁴⁷ En 2001 se publica en Bolivia la Ley N° 2.298 de Ejecución Penal y Supervisión que determina las facultades del juez de ejecución penal.

⁴⁸ Entrada en vigor con la Ley N° 2700/1991 del Código de Procedimiento Penal y regulados por el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Ley N° 65 de 1993, actual Código Penitenciario y Carcelario.

⁴⁹ Creados por la Ley N° 24.660 de 1996 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

Ya comentábamos para el caso español, pero podemos trasladarlo al resto de países mencionados, que se valora adecuada la creación de un órgano especializado en ejecución penal diferente a los jueces que emiten la sentencia de condena. El juez de ejecución se considera un elemento indispensable en la realización del principio de legalidad ejecutiva en cada una de estas jurisdicciones porque supone un aumento en la jurisdiccionalización de la ejecución mediante la ampliación de funciones judiciales en detrimento de las administrativas.

Sin embargo, al respecto, mi punto de vista es que, principios de legalidad aparte, convendría apartarnos en parte de la vía judicial y buscar alternativas eficientes que evitaran la exacerbada litigiosidad en los tribunales. Creo que el sistema anglosajón, en el que la Administración goza de mayores competencias sin necesidad de un órgano judicial especializado, descarga mucho trabajo y les permite tal y como señalaba MATTHEWS ser eficaces. Instaurar una figura como la *Inspectorate of Prisons* en nuestro país, facultándola de altos funcionarios especializados en la materia y con potestad sancionadora, podría resolver muchos de los problemas procesales. Ahora, esto no quiere decir que la Administración opere de manera excluyente, pues siempre las decisiones de ésta quedarían sometidas al control jurisdiccional.

2. REGLAS DE COMPETENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL

2.1. Principios informadores

Antes de analizar la problemática en torno al sistema normativo o de fuentes de la ejecución procesal penal, conviene que sentemos las bases en cuanto a qué principios informan el mismo⁵⁰. Esta metodología nos ayudará a comprender más adelante la complejidad de la materia y el porqué de determinados argumentos.

Primero, y del que ya hemos hablado con anterioridad, la «naturaleza jurisdiccional» de la ejecución. Al respecto, el art. 990 de la LECrim que establece que “*Corresponde al Juez o Tribunal...el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas...Los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección...sobre la manera de cumplirse las penas.*”. En cuanto al Secretario Judicial, le corresponderá impulsar, sin perjuicio de la competencia del Juez o Tribunal, el proceso de ejecución dictando las diligencias y haciendo las comunicaciones necesarias legalmente atribuidas.

⁵⁰ En este apartado me he inspirado en los principios enunciados por el fiscal MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J., 2015. *Derecho procesal penal*. Madrid: Tecnos, pp. 501-502.

Margarita MARTÍNEZ, ex portavoz de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales, haciendo referencia a la dimensión organizativa de la ejecución penal, expresaba que *“estas labores... han venido de hecho siendo tradicionalmente realizadas por los secretarios de los órganos judiciales, aunque nominalmente las resoluciones eran firmadas por los magistrados o jueces. Es evidente que ello sólo respondía a una realidad: la figura del secretario... ha estado escandalosamente desaprovechado por la ley, aunque de hecho su trabajo ha dado soporte real al contenido de las previsiones legales atribuidas a los jueces, especial y notoriamente en materia de ejecución. Una personal opinión...es que, dado que la sentencia firme es de por sí ejecutoria, la orden general de ejecución debería ser una orden abstracta, sin que necesariamente deba detallar todas las indicaciones de la ejecución”*⁵¹.

No cabe duda alguna de que la jurisdicción informa el proceso de ejecución penal, pero de nuevo nos encontramos ante manifestaciones de la administratividad de esta materia, lo cual me hace reafirmarme en la opinión del primer apartado de que la realidad dista bastante de la ficción legal que existe en nuestro sistema procesal.

En segundo lugar, el «principio de legalidad» en sus dos modalidades, garantía judicial y garantía de la ejecución. El art. 3.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) manifiesta que *“no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo de acuerdo con las leyes procesales”*. Por su parte, en cuanto a la garantía en la ejecución, el 2º apartado del mismo artículo cita *“tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”*. Además, el art. 990 de la LECrim establece que *“las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos”*.

Son estas manifestaciones del legislador las que hacen considerar la apertura de la ejecución procesal hacia una mayor administratividad un despropósito. Pero de nuevo MARTÍNEZ⁵² manifiesta que *“hacer ejecutar» no es lo mismo que «ejecutar»*”, respecto a la atribución de competencias a los secretarios judiciales del antiguo art. 456.3.a) de la LOPJ (actual 456.6.a)⁵³: *“Cabrían en esta fórmula soluciones mucho más atrevidas incluso que la atribución al secretario judicial de la responsabilidad de llevar a efecto lo acordado por una resolución judicial firme”*. En mi opinión, MARTÍNEZ, con esta afirmación, no hace más que ser objetiva con la problemática que de primera mano sabe

⁵¹ MARTÍNEZ, M., 2010. Distribución de competencias entre jueces y magistrados y secretarios judiciales. Fase de ejecución. *Procuradores*, (85), p. 23.

⁵² MARTÍNEZ, M., 2010. *Ibidem*, p. 23.

⁵³ *“Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: a) Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados.”*

que experimentan los juzgados de ejecutorias. De nada sirve el eufemismo, las cosas son como son, y negar la realidad va en contra de la buena praxis que debería fomentar el poder legislativo.

En tercer lugar, el «principio de oficialidad». Conforme al art. 984 de la LECrim la ejecución de las sentencias condenatorias no está en manos de la iniciativa de las partes sino que se acuerda de oficio. Además, esto también rige respecto a los aspectos civiles del fallo de la sentencia independientemente de que el perjudicado en la causa decida transigir sobre ello o voluntariamente renunciar a la indemnización debida.

Por último, y cuarto, la ejecución penal requiere de la «firmeza» de la sentencia emitida que pone fin al proceso a excepción de la responsabilidad civil que, en su caso, será susceptible de ejecución provisional (art. 989.1 LECrim).

2.2. Sistema normativo de la ejecución penal

Actualmente, el análisis de las fuentes de la ejecución penal exige el estudio de distintos cuerpos normativos dado que las fuentes que regulan dicha actividad no integran una disposición legal autónoma. Resulta una materia «dispersa y asistemática»⁵⁴ fruto del difuso número de disposiciones normativas que la regulan:

- Arts. 25.2 y 117.3 de la Constitución Española: fin de la pena, derechos fundamentales de los reos y principio jurisdiccional de la ejecución.
- Arts. 983-988 del Libro VII, “*De la ejecución de las sentencias*”, y arts. 521-526 del Capítulo IV del Título VI del Libro II, “*Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia del Abogado y del tratamientos de detenidos y presos*”, todos ellos insertos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Capítulos II y III de los Títulos III y IV del Libro I del Código Penal: libertad condicional, suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- Art. 89 bis 2 y Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en cuanto a las normas que regulan la ejecución de las disposiciones civiles contenidas en la sentencia.
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

⁵⁴ ARMENTA DEU, T., 2015. *Ibidem*, p. 419.

— Tratados Internacionales suscritos y ratificados por España sobre ejecución penal.

Éste no es más que el resultado de una amalgama de orientaciones y puntos de vista respecto a la ejecutabilidad de la pena que conlleva, en palabras de SUBIJANA⁵⁵, un «producto jurídico errático» o sin rumbo fijo. Dicho articulado resulta insuficiente para regular la ejecución penal, en especial la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y su procedimiento de actuación, de ahí que sea obligada la necesaria intervención del legislador como garante del principio de legalidad constitucional.

La necesidad de una normativa homogénea y clara en cuanto a competencias y procedimiento en la ejecución penal ha sido advertida no sólo por la doctrina sino que el propio Consejo General de Poder Judicial⁵⁶ y, obviamente, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su conjunto⁵⁷, lo han exigido. El marco jurídico de la ejecución penal es heterogéneo, da lugar a contradicciones y requiere de una intensa labor interpretativa doctrinal y jurisprudencial que dé un sentido unitario al ordenamiento. Esto obliga a los juristas a seguir criterios de actuación de producción propia que posibiliten su intervención.

En el año 2001 hubo un intento fallido de reforma en profundidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que diera un mayor peso a la ejecución penal o el desarrollo de una «Ley de Vigilancia Penitenciaria» en respuesta al vacío legal que se había puesto de manifiesto hasta ese momento⁵⁸. Pero quedo en eso, un intento fallido, que dejaba la panorámica nacional en una situación deficitaria en lo que a esta materia se refiere.

Es por ello, que a mi modo de ver, es necesario la creación no sólo de una «Ley de Vigilancia Penitenciaria» sino una ley de ejecución penal que acometa de forma pormenorizada y clara todas aquellas materias que se encuentran dispersas en el entramado que hemos listado al principio.

⁵⁵ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., 2005. El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (7), pp. 7-10.

⁵⁶ En la obra del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1997. *Libro blanco de la justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 240-242, éste aconseja ante la dispersión de competencias entre los Jueces sentenciadores y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, una armonización legislativa en la que estos últimos asuman por completo la ejecución de las penas privativas de libertad, medidas de seguridad de igual naturaleza y penas accesorias

⁵⁷ Ante lo dispuesto en el art. 78.1 de la LOGP que afirma que “en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las Leyes correspondientes” el numeral 150 del Texto refundido y depurado de los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010 señalan que “es urgente la regulación procesal de la actividad de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria” y que no es entendible que esto no se haya regulado en más de 30 años.

⁵⁸ MARTÍN DIZ, F., 2002. El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos. Granada: Comares, pp. 39-41.

2.3. El Juez de Vigilancia Penitenciaria

El Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP), o, en palabras de MARTÍN DIZ, el «hermano pobre» entre los que tienen competencias en el orden jurisdiccional penal⁵⁹, es una figura plenamente jurisdiccional creada en el año 1979 por la LOGP con la finalidad exclusiva de judicializar la ejecución de las penas privativas de libertad.

Dicha figura, tal y como hemos comentado con anterioridad, presenta una doble faceta en cuanto a los dos órdenes materiales de competencias que se le atribuyen: administrativa y jurisdiccional⁶⁰. Si bien, doctrina aparte, el TC se encargó de aclarar su papel como importante elemento en la jurisdiccionalización de la ejecución constitucionalmente exigida⁶¹.

¿Cuál es entonces el problema? La articulación procesal en cuanto a cómo ha de llevar a cabo su actuación es dispersa y escasa. De hecho, a día de hoy, no existe una delimitación clara de cuáles son las competencias atribuidas a los JVP y cuáles a los órganos sentenciadores, ni un sistema procesal íntegro respecto a la casuística de incidentes que se puedan dar en la ejecución de penas y control jurisdiccional de la Administración penitenciaria. Sabemos, que el JVP comparte las actuaciones jurisdiccionales que comportan la ejecución de las resoluciones con los Jueces y Tribunales sentenciadores y con los Letrados de la Administración de Justicia. Ahora, qué funciones en concreto corresponden a cada una de las partes, no puede contestarse adecuadamente desde una perspectiva estrictamente legal sino empírica. La literalidad del art. 76 y la Disposición Transitoria primera de la LOGP dejaban abierta la puerta a una atribución competencial plena de la ejecución penal al JVP una vez emitido el título pues no constituye un listado cerrado, sin embargo en la práctica no ha sucedido así⁶².

Dado este vacío normativo, y en respuesta a Prevención del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1981⁶³, los jueces de vigilancia penitenciaria desde el año 1982 deciden reunirse periódicamente para armonizar unos criterios de actuación que dogmatizen su manera de proceder: «Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados

⁵⁹ MARTÍN DIZ, F., 2002. *Ibidem*, p. 53.

⁶⁰ MORENO CATENA, V., 2015, *Ibidem*, p.616.

⁶¹ Entre otras, STC 2/1987, de 21 de enero: “No es necesario insistir en la importancia que en nuestro sistema penitenciario corresponde al Juez de Vigilancia, cuya función supone una potenciación del momento (sic) jurisdiccional en la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un Juez, esto es a un órgano independiente del poder administrativo, el control sobre las diversas fases de ejecución y en particular sobre la protección de los derechos de los detenidos.”.

⁶² ARMENTA DEU, T., 2015. *Ibidem*, pp. 421-423.

⁶³ 3ª Prevención de 8 de octubre 1981. RCL 1981\2874. «Ejercicio de su función por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria»: “No constituyen obstáculo suficiente al ejercicio de las funciones legalmente atribuidas al Juez de Vigilancia, la ausencia de normas orgánicas sobre el mismo y de una regulación formal expresa del cauce procedimental en que deba transcurrir su actividad...el Juez de Vigilancia encauce formalmente su actividad, dentro de una libertad de trámites impuesta por la propia carencia de regulación legal”.

por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010». Ahora bien, esto en los 80 vale, pero que pasados 30 años, el legislador no haya hecho nada para remediar esta situación me parece cuanto menos poco profesional y contrario al principio de legalidad que rodea a nuestro sistema jurídico. De hecho, y de acuerdo con la opinión de MAPELLI, el legislativo parece no tener interés en consolidar una jurisdicción con niveles de exigencia difíciles de asumir y prefiere mantener este órgano en medio de una nebulosa de competencias y procedimientos⁶⁴.

2.4. Regla de la competencia funcional en la ejecución

En el apartado dedicado al análisis competencial de la ejecución penal, ya comentábamos que la competencia para la ejecución es una de las exteriorizaciones más célebres de la competencia funcional. Dicho lo cual, en este apartado vamos a ver la regla que determina el órgano funcionalmente competente y, en su caso, cuáles serían sus atribuciones.

La norma que regula la competencia en la ejecución penal es la LECrim. En base a ella y a la normativa penal actual habremos de distinguir entre proceso ordinario por delito y juicio por delito leve. A su vez, dentro de los procesos por delito cabe distinguir entre proceso ordinario de la LECrim, procesos abreviados y juicios rápidos.



Figura 1. Regla competencia funcional en el orden penal LECrim. Elaboración propia.

⁶⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 1998. La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso. *Revista peruana de derecho procesal*, 2, p. 289.

Tal y como representa la Figura 1 en los procesos ordinarios por delitos, la ejecución de la sentencia corresponde al órgano que hubiera dictado la que sea firme (art. 985 LECrim). Es decir, Juzgados de lo Penal para penas inferiores a cinco años, Audiencia Provincial para iguales o superiores a 5 o Audiencia Nacional en los supuestos previstos en el art. 65 LOPJ. En los procesos penales abreviados y juicios rápidos la regla es la misma a tenor de lo dispuesto por los arts. 794 y 803.3 de la LECrim respectivamente. Y, en el supuesto de que la sentencia firme sea la casada por la Sala II del Tribunal Supremo, la ejecución corresponde al Tribunal que hubiera dictado dicha sentencia (art. 986 LECrim).

En lo que respecta a los procesos por delitos leves, el art. 984 de la LECrim dispone que la ejecución corresponderá al órgano jurisdiccional que hubiera conocido del juicio, es decir, en líneas generales, al Juzgado de Instrucción.

La excepción prevista por el art. 986 ha sido criticada por la doctrina desde hace décadas, sin embargo en palabras de AGUILERA DE PAZ, la justificación de dicha singularidad en la ejecución de la sentencia es que ésta no puede ser ejecutada por el Tribunal Supremo puesto que éste conoce del proceso no como juez propio de la causa sino en virtud de recurso, cuya competencia es únicamente la cuestión legal que se le plantea⁶⁵.

Por último, comentar que en la ejecución de las sentencias, tal y como disponen los arts. 987 y 997 LECrim, también opera el auxilio judicial cuando el tribunal no pudiera practicar por sí mismo las diligencias necesarias. En tal caso, será el Juzgado de Instrucción correspondiente el que las acometa dando cuenta de ello al tribunal sentenciador correspondiente.

2.5. LOPJ: competencia, delitos leves y modificaciones legislativas significativas

La LOPJ consagra quién debe ejecutar materialmente las sentencias del orden jurisdiccional penal en España. No obstante, con el fin de explicar el procedimiento judicial en función del tipo de causa que se quiere ejecutar, conviene señalar que ésta fue alterada por la Disposición final primera de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Para entenderlo. A la vista de la anteriormente citada LECrim, la ejecución de las faltas corresponde a los Juzgados de Instrucción y las de los delitos (graves y menos graves) a los Juzgados de lo Penal, Audiencia Provincial o Audiencia Nacional en función

⁶⁵ GONZÁLEZ CANO, M.I. y MORENO CATENA, V., 1993., *Ibidem*, p. 52 cita el argumento de AGUILERA DE PAZ, E., 1923. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. 2ª ed., T. VI, Madrid: Reus, pp. 631-632.

de la causa, pero ¿qué Juzgado o Tribunal es el encargado de ejecutar la sentencia en un juicio por delito leve? Decíamos que según el art. 984 de la LECrim el encargado sería el Juzgado de Instrucción, pero no parece tan claro para juristas y doctrina. Los descuidos legislando suelen pasar factura y éste es un buen ejemplo de ello.

El art. 89 bis 2 de la LOPJ establece que *“Los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine (...) Corresponde asimismo a los Juzgados de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito grave o menos grave por los Juzgados de Instrucción”*.

La literalidad del artículo señala que la ejecución de las sentencias condenatorias por «delito» dictadas por los Juzgados de Instrucción corresponderá a los Juzgados de lo Penal. ¿Cuál es el problema detectado por juristas y doctrina? Resulta contradictorio lo dispuesto en este artículo con el precepto 984 de la LECrim⁶⁶.

Es tal el desconcierto en este sentido, que los Jueces de Instrucción de Plaza Castilla en una Junta celebrada con posterioridad a la modificación de esta Ley, aprovecharan para plantear derivar la ejecución de todas sus sentencias por delitos leves a los Juzgados de lo Penal arguyendo que lo expresamente establecido por la LOPJ es que de la ejecución de los delitos leves (asimilándolos a los menos graves) debe encomendarse a estos. Aclarar que esto afortunadamente al final no se llevó a cabo, con lo que considero hubiera sido un motivo más para la congestión de los Juzgados de lo Penal, pero nos permite hacernos una idea de porqué legislar mal en cuestiones de competencia puede suscitar complejos problemas futuros. En mi opinión, no creo que el legislador pretendiera dar este enfoque que planteó la Junta de Jueces, pero abrió la posibilidad a la disyuntiva y a que un movimiento inteligente por parte de los Jueces de Instrucción, colapse los ya saturados Juzgados de lo Penal.

Además, señalar que el art. 87.1.c) de la LOPJ dispone que serán los Juzgados de Instrucción quienes conocerán en el orden penal de los juicios de faltas, salvo que sean competencia de los Jueces de Paz o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Ante lo cual me pregunto, si las faltas han desaparecido como hecho delictivo y los Juzgados de Paz actualmente no tienen competencia en materia penal, ¿por qué no se han eliminado estas referencias?

Creo que el efectivo fortalecimiento de las garantías procesales en el proceso penal pasa obviamente por la modificación de la LOPJ. Ahora, mantener conceptos que ya no existen u olvidarse del proceso de ejecución hasta el punto de generar un conflicto competencial, dista mucho de lo que se pretende. El legislador una vez más se muestra imprudente y no puede menos que emitir algún tipo de aclaración al respecto o modificar la propia norma.

⁶⁶ EL JURIDISTA OPOSICIONES, 2015, Delitos leves y sus cambios legislativos significativos. Disponible en: <http://www.eljuridistaoposiciones.com/delitos-leves-y-sus-cambios-legislativos-significativos/#.VuK1HPnh-DIV>, [Septiembre/21].

3. ORGANIZACIÓN Y EFICACIA DE LA EJECUCIÓN PENAL

Los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24 de la CE extienden su radio de acción a todo el proceso judicial y, por tanto, también a la fase de ejecución de las sentencias.

En concreto, en el proceso penal dicha celeridad viene impuesta por el art. 990 de la LECrim respecto a las penas privativas de libertad pues *“corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto...”*. Ahora, esto no quiere decir que sólo las penas carcelarias queden afectadas por este principio. El TC en reiterada jurisprudencia ha reconocido la tutela judicial efectiva sin dilaciones injustificadas para cualquier tipo de proceso⁶⁷.

Este principio de celeridad judicial justifica la preocupación general respecto a la organización y eficacia del sistema de justicia en España y que el Consejo General del Poder Judicial no escatime recursos en el permanente estudio de la situación de los Tribunales. De ahí y del objeto de esta monografía nace el interés de dedicar un apartado a ver la demarcación y planta de los Juzgados de Ejecutorias penales en nuestro país, cómo se realiza el reparto de asuntos y cuál es la situación actualmente de estos Juzgados, parándonos a analizar pormenorizadamente si las medidas adoptadas como los juzgados especializados o la Nueva Oficial Judicial constituyen a verdaderos avances en esta materia.

3.1. Juzgados especializados

El art. 98.1 de la LOPJ establece que *“el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan.”*

Es este artículo el que sirve de cobertura para la aparición de los Juzgados Penales de Ejecutorias. Con ello, el legislativo pretendía, en pro de la tutela judicial efectiva y un proceso público sin dilaciones indebidas, minorar la carga competencial que sufrían la mayor parte de los Juzgados Penales Ordinarios liberándoles de la obligación impuesta por el art. 117.3 de la CE de hacer ejecutar lo juzgado.

La distribución competencial de ejecutorias penales de delitos a nivel nacional se subdivide en tres: los Juzgados de lo Penal que conservan sus competencias sobre la eje-

⁶⁷ Así el FJ 2º de la STC 109/1984 de 26 noviembre, RTC 1984\109, o el FJ 3º de la 26/1983 de 13 abril, RTC 1983\26.

cución de sus sentencias, los Juzgados de lo Penal que remiten su competencia a órganos especializados en la materia y, obviamente, los Juzgados de lo Penal de Ejecutorias que se encargan de ostentar la competencia de quien deja de asumirla conforme a lo dispuesto en el art. 98 antes citado. A día de hoy, en España contamos con 17 Juzgados especializados en ejecutorias penales⁶⁸ sobre un total de 384 Juzgados de lo Penal. Sin embargo, de estos 367 restantes desconocemos cuáles carecen de competencia respecto a sus ejecutorias dada la opacidad que con respecto a este tema ha decidido mantener el Poder Judicial.

Ahora bien, si nos fijamos en los datos de los *Informes sobre la Situación de los Órganos Judiciales* en los años 2014 y 2015⁶⁹, observamos que la «tasa de congestión»⁷⁰ de los Juzgados de lo Penal es de 1,34 frente a un 1,22 en los Juzgados de lo Penal de Ejecutorias en el año 2015. Estos datos no son óptimos dado que implica que estos juzgados soportan una carga de trabajo de un 34 y un 22% por encima de su capacidad. No obstante, si lo comparamos con que «tasa de congestión» de estos mismos en el año 2007 fue de 1,85 y 2,10 respectivamente⁷¹, puede apreciarse una notable mejora, especialmente en los Juzgados de lo Penal de Ejecutorias.

De hecho, seleccionar el año 2007 como referencia para el cálculo de la congestión de los Juzgados no es aleatorio, pues en el año 2008 el Servicio de Inspección del CGPJ puso de relieve la alarmante situación que estaban atravesando los Juzgados de Ejecutorias Penales y elaboró un manual de buenas prácticas para la ejecución penal y que a la vista de los datos parece haber tenido un buen resultado⁷².

¿Esto quiere decir que los problemas respecto a los Juzgados de Ejecutorias ya han terminado? La respuesta es no. Por un lado tenemos que estos cálculos y en general los que elabora el CGPJ en sus informes no tienen en cuenta reaperturas, archivos provi-

⁶⁸ A 1 de enero de 2015: Barcelona, Penal nº 12, 15, 21 y 24; Bilbao, Penal nº 7; Madrid, Penal nº 2, 4, 7, 12, 28 y 32 (violencia doméstica y de género y abandono familiar); Palma de Mallorca, Penal nº 8; San Sebastián, Penal nº 4; y Valencia, Penal nº 5, 13, 14 y 16.

⁶⁹ Cálculos realizados conforme a: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, 06 marzo 2015. *Informe sobre la Situación de los Órganos Judiciales 2014*. CGPJ, p. 4. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Actividad-judicial-porterritorio/Actividades-a-nivel-nacional/Datos-nacionales--2014> e *Informe...2015*. CGPJ, p. 4. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Actividad-judicial-por-territorio/Actividades-anivel-nacional/Datos-nacionales--2015>

⁷⁰ Tasa de congestión: cociente donde el numerador está formado por la suma de los asuntos pendientes al inicio del periodo y los registrados en ese periodo y donde el denominador son los asuntos resueltos en dicho periodo. Un órgano, territorio o jurisdicción está en mejor situación cuanto menor sea su tasa de congestión. Tasa utilizada por la CGPJ, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL en sus informes.

⁷¹ Cálculos realizados conforme a: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, 30 marzo 2007. *Informe sobre la Situación de los Órganos Judiciales 2006*. CGPJ, p. 4. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Actividad-judicial-porterritorio/Actividades-a-nivel-nacional/Datos-nacionales--2006> e *Informe...2007*. CGPJ, p. 4. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Actividad-judicial-por-territorio/Actividades-anivel-nacional/Datos-nacionales--2007>

⁷² CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL, SERVICIO DE INSPECCIÓN, 2008. *Ibidem*.

sionales y trámites que a veces se tiene que hacer con los expedientes, además de que en algunas localidades el sistema de registro es errático pues las ejecutorias se registran por penado y no por asunto lo que podría suponer duplicar el número. Además, por otro lado, en el *Informe de Órganos que sobrepasan el 150% de la carga de trabajo del año 2013*⁷³, podemos observar que 4 de los 17 Juzgados de lo Penal de Ejecutorias superan en más de un 150% la carga que según el módulo establecido por acuerdo del Pleno del CGPJ deberían trabajar: 2200 expedientes.

En resumen, la creación de juzgados especializados de ejecutorias penales funciona. Ahora, su congestión se encuentra lejana de lo que podríamos considerar parámetros normalizados. Los Juzgados Penales de Ejecutorias han influido en una considerable disminución de la carga competencial del resto de penales pero, si queremos terminar con la saturación que sufren, es necesaria la implantación de medidas como el aumento del número de funcionarios, la formación especializada en ejecutorias del personal al mando, y, la que yo considero más importante, la implantación de un sistema informático de gestión procesal eficaz⁷⁴. Por todo ello, podríamos decir que la creación de estos órganos es la antesala a la Nueva Oficina Judicial y que seguir trabajando en el desarrollo de los mismos resulta necesario en pro de una buena organización penal.

3.2. Demarcación y planta Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

Una vez hemos hablado de la organización de los juzgados sentenciadores, el siguiente punto que necesariamente hemos de tratar es la distribución territorial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y los problemas que genera no haber encontrado aún un modelo claro de planta y demarcación para los mismos. La redacción legal de la normativa aplicable a la ubicación de estos Juzgados es parca y poco nítida. No obstante, tres son las normas que habremos de tener en cuenta para su aclaración: la LOGP, la LOPJ y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

La LOGP en su artículo 78.1 remite las cuestiones orgánicas y procedimentales de los Juzgados de Vigilancia Penitencia a las «leyes correspondientes». Ya comentamos

⁷³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SERVICIO DE INSPECCIÓN, 2014. Informe Órganos que sobrepasan el 150% de la carga de trabajo datos a 31/12/2013. CGPJ, p. 4. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Estudios/Informe-organos-que-sobrepasan-el-150--de-la-carga-de-trabajo--Datos-a-31-12-2013>

⁷⁴ Durante mi visita a los Juzgados de Ejecutorias de Plaza Castilla me quedé perplejo al ver cómo trabajan los funcionarios, sin ningún tipo de base informática «fiable» y con apuntes a mano en las primeras hojas de los expedientes realizadas por el Secretario para controlar la situación del penado. Además, que en una consulta a la Sección Estadística del CGPJ para la obtención de datos te contesten “*nosotros no calculamos las pendencies, las reportan los órganos judiciales en los boletines trimestrales, que son el origen de todos los datos. Son de los datos menos fiables y de vez en cuando las regularizan (a consecuencia de alardes o de inspecciones)*”, me deja sin palabras.

respecto a la regulación normativa de estos que nada se había hecho respecto a una Ley propia que regulase a los mismos, sin embargo, parte de la organización fue legalizada por los arts. 94 y 95 de la LOPJ. Por su parte, el apartado 2º de este mismo artículo marca las líneas a seguir en cuanto a la demarcación territorial de los mismos cuando establece que *“tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción”*.

La LOPJ evolucionó la idea de la LOGP y estableció una demarcación provincial como unidad de determinación de la Planta Judicial de los Juzgados de Vigilancia (art. 94.1). No obstante, derivado de la política gubernativa orientada al establecimiento de grandes cárceles, se hacía innecesario el establecimiento de un JVP por cada una de las provincias españolas, de ahí que el apartado 2º del art. 94 habilitara la posibilidad de unidades de vigilancia con una demarcación superior siempre que no sobrepasara el territorio de la Comunidad Autónoma. Además, se asumió, quizás precavidos con respecto al futuro penitenciario de nuestro país, demarcaciones inferiores al de la propia provincia (actualmente sólo JVP de Ceuta y Melilla).

Por último, por remisión del art. 95 de la LOPJ, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, en cuyo Anexo X se actualizan periódicamente el número de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en activo con su respectiva jurisdicción⁷⁵.

Ahora bien, doctrinalmente se ha opinado sobre un problema asociado con la competencia territorial que determina la legislación mencionada⁷⁶, pues el JVP competente se fija en función de las cárceles que tiene a su cargo, con el límite de un territorio prefijado, pero ¿qué sucede si la Administración Penitenciaria decide trasladar a un interno a otro centro sobre el que el JVP del territorio dónde se inició la tramitación del expediente del interno no tiene competencia? La respuesta es contundente: una vía al fraude y la violación del principio de separación de poderes. Con este esquema competencial, la Administración puede arbitrariamente mediante un traslado cambiar el JVP al cuál se suscribe un interno. Así, abusando de su posición, el ejecutivo puede buscar el órgano jurisdiccional más favorable a sus intereses y quebrantar principios como el de seguridad jurídica o el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley.

Por ello, no puedo más que estar de acuerdo con GONZÁLEZ CANO y MARTÍN DIZ en cuanto a la improrrogabilidad de la competencia territorial de los JVP, pues el traslado de un reo no podrá nunca dar lugar a replanteamientos de cuestiones penales que le afecten, quedando las actuaciones respecto del expediente del mismo en manos del Juzgado que inició su tramitación.

⁷⁵ MARTÍN DIZ, F., 2002. *Ibidem*, pp. 84-86.

⁷⁶ Entre otros GONZÁLEZ CANO, M.I. y MORENO CATENA, V., 1993., *Ibidem*, pp. 175-181 y MARTÍN DIZ, F., 2002. *Ibidem*, pp. 90-91.

3.3. Normas de reparto

Una vez determinada la competencia objetiva, funcional y territorial, serán necesarias una serie de normas o disposiciones que determinen, dentro de los órganos competentes, qué juzgado o tribunal conocerá definitivamente del asunto. Es a lo que llamamos «normas de reparto». Éstas no suponen la aplicación de ninguna norma competencial sino la búsqueda de una finalidad gubernativa de necesaria división del trabajo.

El art. 68.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (regla de aplicación tanto para el ámbito civil como penal supletoriamente) dispone que no cabrá declinatoria o denuncia de falta de jurisdicción del tribunal al que ha correspondido la denuncia en el reparto. Ahora, *“cualquiera de los litigantes podrá impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes...”*, pero, ¿cuáles son esas normas?⁷⁷:

- 1) El reparto de un negocio penal requiere que en la ciudad o población haya dos o más juzgados (art. 167.1 LOPJ) o que el tribunal en concreto cuente con más de una sección (art. 152.2.1º LPOJ).
- 2) Las normas de reparto se aprueban por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la junta de jueces del orden jurisdiccional penal (art. 167.1 LOPJ), afectando a las secciones de las Audiencias Provinciales y a los juzgados con sede en la Comunidad Autónoma que corresponda.
- 3) Para el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los propios Tribunales Superiores de Justicia, quienes aprueban las normas de reparto entre las distintas secciones de cada sala son sus propias Salas de Gobierno (art. 152.1.1º LOPJ), siendo sus presidentes los encargados de hacerlas cumplir (art. 160.9 LOPJ).
- 4) El reparto es supervisado por el Juez Decano, asistido de secretario, resolviendo con carácter interno las cuestiones que se le planteen, corrigiendo irregularidades y exigiendo, cuando proceda responsabilidades (art. 167.2 LOPJ).
- 5) El impulso procesal es necesario pues los jueces no tratarán asunto alguno en el que no conste diligencia de reparto. Es por ello al juez decano el encargado de abrir el procedimiento (art. 68.2 LEC).
- 6) Las reglas de reparto deben responder a criterios de eficacia laboral, respetando la igualdad y tratando, en la medida de lo posible, de tender a la homogeneidad del mismo número de asuntos y la misma variedad por órgano (arts. 25 y ss. del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

⁷⁷ Criterios basados en GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. Extensión y límites de la jurisdicción y competencia. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 173-175.

Excepcionalmente, por cuestiones de trabajo o adopción de primeras diligencias, se podrán no seguir dichas normas o ajustarse a otras⁷⁸.

3.4. Nueva Oficina Judicial. Análisis de los Servicios Comunes de ejecutorias

En el año 2009, bajo la presidencia de D. José Luis Rodríguez Zapatero, se aprobó por el Consejo de Ministros un Plan de Modernización de la Justicia cuyo elemento principal era la puesta en marcha de lo que hoy conocemos como la «Nueva Oficina Judicial (NOJ)». Diversos análisis e informes del CGPJ habían puesto de manifiesto la problemática situación de la Administración de Justicia y la necesidad de una transformación y modernización de la misma que se adaptara a la realidad de nuestros días. Ahora, ya existía un consenso a este respecto pues en el año 2003 se había aprobado la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, que constituiría los cimientos de la transformación.

La NOJ, en la estructura organizacional básica del Estado, constituye una *“unidad procesal de apoyo directo, vinculada directamente al titular del órgano jurisdiccional y con la asignación del personal mínimo indispensable para llevar a cabo sus funciones”*⁷⁹. Además, se crean los «servicios comunes procesales» cuya función es la centralización de las tareas procesales bajo la dirección de los secretarios judiciales. Se introducen metodologías de gestión homogéneas, una racionalización de los medios y se incorporan las nuevas tecnologías al proceso con la finalidad de un servicio ágil, eficaz y de calidad que preste un mejor servicio a la ciudadanía.

La ejecución de las resoluciones es un área donde el orden, el acondicionamiento y la utilización de los medios es importante, más si cabe en el orden penal donde derechos fundamentales como la libertad se ponen en juego. Es necesario ofrecer una seguridad de que la declaración de derechos efectuada por un juez va a tener reflejo en la realidad. De hecho, parte de la sobrecarga de trabajo que los juzgados soportan deriva de atender estos procedimientos y es por ello que la NOJ haya prestado especial atención a la ejecución procesal. Ahora, ¿ha resultado eficaz?

No son pocos los que critican que, a pesar de una loable finalidad de disminución de las dilaciones en la tramitación de los procesos, la NOJ trae consigo una desjudicialización del procedimiento consecuencia de la atribución de competencias jurídicas a personas que carecen de una formación técnica suficiente como los secretarios judiciales y, en el caso de los servicios comunes (Cuerpo General de Gestión Procesal), personal

⁷⁸ v. gr. Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, que establece normas de reparto de asuntos de violencia doméstica y adopción de diligencias que agilicen la justicia en este sentido.

⁷⁹ VV.AA., 2010. *La Nueva Oficina Judicial y el Nuevo Modelo Procesal*. Ministerio de Justicia edn. Gobierno de España, p. 18.

lego en conocimiento jurídico alguno⁸⁰. Es el propio Gobierno quien reconoce que *“El proceso de ejecución pasa a ser responsabilidad, casi en su integridad, del Secretario judicial. Así, quedan bajo decisión judicial la orden general de ejecución y a la resolución de los recursos que a lo largo de este proceso puedan plantearse”*⁸¹. Sin embargo, basándome únicamente en un sistema garantista de un proceso judicial efectivo, creo que si realmente las reformas efectuadas resultaran eficaces podrían salvarse estas críticas. De ahí que en este último apartado vaya a analizar si los pilotos de implantación de la NOJ están funcionando y reflejar, sin mayor pretensión que la objetividad, si el camino seguido tanto por el legislativo como por el ejecutivo en los últimos años se ajusta a la finalidad planteada.

3.4.1. Fuentes y metodología aplicada

Este análisis, conforme a la materia monográfica, se circunscribe a la ejecución de asuntos en el orden procesal penal. No obstante, la importancia de los derechos que se pretenden salvaguardar en esta parte del proceso, confieren a su estudio un interés especial.

Como primera opción para el examen barajé la Sección Estadística del CGPJ, pues quien mejor que ellos para reportarme de que manera había impactado en las ejecutorias penales la introducción de la NOJ en nuestro país. Sin embargo, el Jefe de dicha Sección, D. Ildefonso VILLÁN CRIADO, me comentó que *“estudios o informes sobre ese tema no tenemos. Solo se hizo un pequeño análisis incluido en la Panorámica de la justicia 2013. La Comisión Nacional de Estadística Judicial se ha negado en dos ocasiones a que se recogiese un boletín específico en los servicios comunes de ejecutorias, por lo que sus datos se liquidan a través de los juzgados, y todos somos conscientes de que hay una merma de calidad.”* Esto no hizo más que afianzar mis sospechas (y las de otros muchos) sobre la gravedad de la situación y, por ello, decidí hacerlo por mí mismo.

Dado que ha pasado un periodo medianamente amplio desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial; y la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, evaluaremos el impacto en cinco de las primeras localidades en las que se implantó: Murcia, Burgos, Cáceres, Ciudad Real y León. De esta manera podremos ver mejor la evolución histórica que ha experimentado.

El único recurso público que existe actualmente para conocer los datos anuales de la evolución de la justicia es la Base de Datos de la Estadística Judicial en PC-AXIS del CGPJ. Seleccionamos pues, en este recurso, las ejecutorias de delitos de los Juzgados de

⁸⁰ Entre otros, BANACLOCHE PALAO, J., 2010. *Guía práctica de la nueva Oficina Judicial*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

⁸¹ VV.AA., 2010., *Ibidem*, p. 94.

lo Penal y Penal de Ejecutorias y las ejecutorias de juicios de faltas de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de estas cinco sedes judiciales.

Como lo que queremos analizar es si la NOJ está suponiendo un cambio significativo en los juzgados en los que se ha aplicado, tomamos como referencia temporal el año previo a la implantación de la NOJ (en unos casos 2009 y otros 2010) hasta 2014, pues es hasta dónde disponemos de datos. Y, para cada uno de esos años, calculamos el cociente entre los asuntos pendientes al final del periodo y los resueltos en ese periodo: «tasa de pendencia»⁸² (primera fila de cada sede judicial Figura 2).

Ejecutorias penales MURCIA					
2009	2010	2011	2012	2013	2014
0,54	0,65	0,44	0,27	0,28	0,26
	0,21	-0,18	-0,50	-0,48	-0,53
Ejecutorias penales BURGOS					
2009	2010	2011	2012	2013	2014
0,50	0,78	0,46	0,22	0,60	0,50
	0,55	-0,08	-0,56	0,19	-0,01
Ejecutorias penales CÁ CERES					
2009	2010	2011	2012	2013	2014
	1,03	0,58	0,56	0,61	0,56
		-0,43	-0,45	-0,40	-0,45
Ejecutorias penales CIUDAD REAL					
2009	2010	2011	2012	2013	2014
	0,53	2,00	0,77	0,50	0,39
		2,80	0,47	-0,06	-0,26
Ejecutorias penales LEÓN					
2009	2010	2011	2012	2013	2014
	1,06	1,12	1,27	0,77	0,83
		0,06	0,20	-0,27	-0,22
Ejecutorias penales ESTADO					
2009	2010	2011	2012	2013	2014
1,10	1,08	0,90	0,83	0,76	0,74
	-0,01	-0,18	-0,25	-0,31	-0,32

Figura 2. Tasa de pendencia y evolución relativa de la misma de cinco de las primeras sedes en que se implantó la NOJ y del Estado en su conjunto expresadas en tanto por uno. Elaboración propia.

⁸² **Tasa de pendencia:** cociente entre los asuntos pendientes al final del periodo y los resueltos en ese periodo. Si se multiplica por 12 indica el número de meses que se necesitaría, con el mismo ritmo resolutivo y sin ningún ingreso, para acabar con la pendencia. Su principal finalidad es permitir la comparación de la pendencia de órganos, territorios, o jurisdicciones, o de estos a lo largo del tiempo. Un órgano, territorio o jurisdicción está en mejor situación cuanto menor sea su tasa de pendencia. Tasa utilizada por la CGPJ, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL en sus informes.

Hecho esto, para ver la evolución de la implantación con respecto al año previo a que se introdujera la NOJ, para cada una de las sedes analizadas, calculamos la «tasa de variación relativa»⁸³ (segunda fila de cada sede judicial Figura 2). Si la tasa tiene un valor negativo significa que las medidas adoptadas han supuesto un beneficio con respecto al año previo a la implantación de las medidas, pues la pendencia ha disminuido (en azul segunda fila de cada sede judicial Figura 2). Sin embargo, si el valor es positivo, significa que ha aumentado la pendencia y, por tanto, las medidas no han sido efectivas.

Ahora bien, no sólo es importante saber si la tasa de pendencia ha disminuido en cada una de las sedes desde la implementación de la NOJ, pues si ésta durante estos años ha disminuido también para el conjunto del Estado, significaría que la mejora no proviene necesariamente de las medidas adoptadas en 2009 pues éstas localidades representan un porcentaje poco significativo para los datos del país (apenas un 5%). Es por ello, que en la Figura 3 comparamos la evolución de la tasa de pendencia de cada una de las sedes con la evolución de tasa de pendencia global que ha experimentado el Estado. Las flechas verdes indican que la pendencia de la unidad judicial ha disminuido en mayor medida que la pendencia del Estado, lo cual significa que las medidas adoptadas parecen haber tenido un efecto positivo en estos juzgados. Sin embargo, las flechas rojas muestran que la pendencia de la unidad en ese año ha disminuido (incluso aumentado) en menor medida que la del Estado.

	Murcia	Burgos	Cáceres	Ciudad Real	León	ESTADO
2010	20,85% ↓	55,29% ↓				-1,35%
2011	-18,37% ↑	-8,37% ↓	-43,41% ↑	280,10% ↓	5,53% ↓	-18,21%
2012	-49,83% ↑	-55,62% ↑	-45,12% ↑	46,67% ↓	20,27% ↓	-24,67%
2013	-47,90% ↑	19,44% ↓	-40,45% ↑	-5,59% ↓	-27,49% ↓	-30,60%
2014	-52,57% ↑	-0,93% ↓	-45,02% ↑	-25,83% ↓	-21,79% ↓	-32,31%

Figura 3. Evolución relativa de la tasa de pendencia de las cinco sedes judiciales seleccionadas con respecto al Estado expresada en tanto por ciento. Elaboración propia

3.4.2 Efectos de la implantación de la NOJ

La conclusión que podemos sacar, dado el procedimiento aplicado, es que la evolución de las ejecutorias penales desde la implementación de la NOJ en 2009, en líneas generales, ha sido favorable, pues como podemos observar en las Figuras 2 y 4, ésta ha disminuido respecto a sus valores de origen (considerablemente en algunos casos).

⁸³ **Tasa de variación relativa:** $T_t = \Delta Y_t / Y_{t-1} = (Y_t - Y_{t-1}) / Y_{t-1}$

Esta tasa mide las variaciones de modo más preciso, eliminando las diferencias de escala para que sean comparables entre sí.

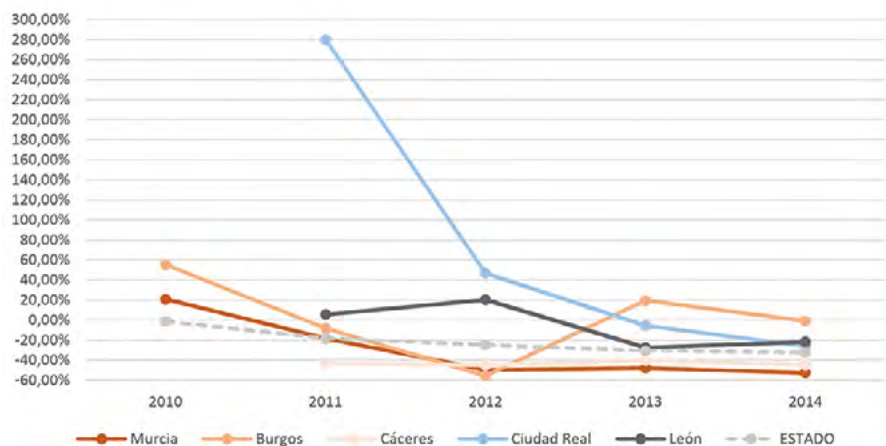


Figura 4. Gráfico de la evolución relativa de la tasa de pendencia de las cinco sedes judiciales seleccionadas con respecto al Estado expresada en tanto por ciento. Elaboración propia

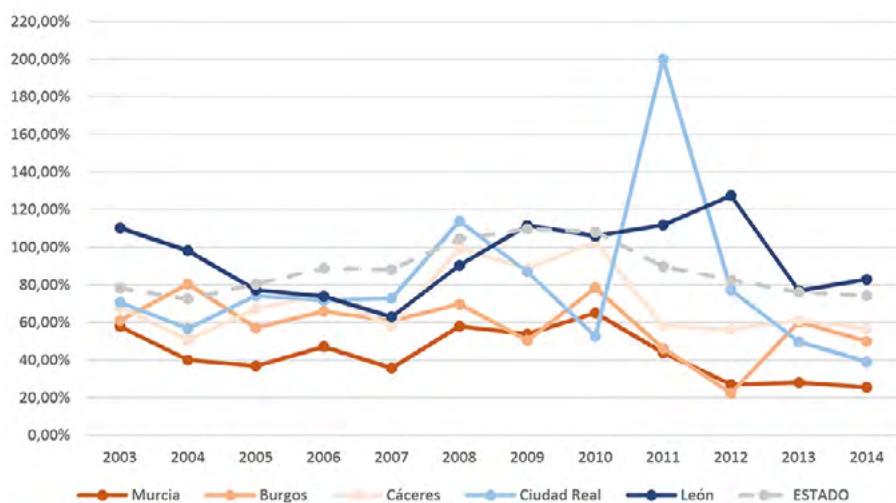


Figura 5. Gráfico de la evolución histórica de la tasa de pendencia entre los años 2003 y 2014 de las cinco localidades seleccionadas y el Estado expresada en tanto por ciento. Elaboración propia

Ahora, que haya disminuido no significa necesariamente que lo haya hecho gracias a esta medida. Las flechas de la Figura 3, muestran claramente que a pesar de que en todas las unidades judiciales estudiadas la pendencia ha disminuido en los últimos cinco años, en 3 de los 5 supuestos lo ha hecho en menor medida que el conjunto del Estado. Lo que significa que la implantación de la NOJ no ha supuesto un cambio en la situación de las ejecutorias.

Para más inri, si observamos la Figura 5, la cual muestra la evolución histórica de la tasa de pendencia desde la aprobación de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de

modificación de la LOPJ, que constituiría los cimientos del cambio en la Administración Judicial, la situación de los Juzgados en el año 2003 y en el año 2014 es bastante similar. Lo cual, cuanto menos significa que no se están haciendo las cosas bien o que las medidas impulsadas se quedan en meras declaraciones de intenciones.

En definitiva, la NOJ no ha influido en una mejora en la tramitación de las ejecutorias en España. De lo cual se infiere que el camino seguido por el legislativo y el ejecutivo no es el adecuado y que en lugar de vanagloriarse con campañas electoralistas y escenarios de cartón-piedra, deberían centrarse en lo que realmente puede suponer un cambio: el aumento del número de funcionarios, la formación especializada en ejecutorias del personal y, reitero, una base de datos electrónica eficaz que además de aportar trazabilidad al sistema, agilice los trámites.

Es de justicia aclarar que los datos utilizados en este análisis se corresponden con los publicados por el CGPJ, pues es de los únicos que podemos disponer actualmente. Esto implica necesariamente que, aun ajustándonos a la literalidad de los mismos, los resultados obtenidos son erráticos, pues cómo ya hemos manifestado, y de acuerdo con la Sección Estadística del Poder Judicial, depende de que los propios juzgados remitan esta información. Y no sólo eso, que la emitan adecuadamente. Ante lo cual, yo me pregunto, si estos son los resultados obtenidos, en el caso de que fueran imagen fiel de la realidad, ¿cuáles serían las conclusiones? Preocupante.

CONCLUSIONES

En lo que respecta a la competencia en la ejecución penal, actualmente, la ejecución penal presenta una naturaleza mixta: jurisdiccional y administrativa (doctrina mayoritaria). Sin embargo, el retraso y mala gestión de las ejecutorias en España plantea dudas respecto a si podría ser gestionado en exclusiva administrativamente. Conforme con que el control jurisdiccional de la Administración Penitenciaria tenga que existir puesto que se ponen en juego derechos fundamentales, podrían atribuirse mayores competencias al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Que la eficacia en la ejecución penal no sea buena es por la necesidad de una buena gestión y organización. La administrativización no tiene porqué suponer una mejora.

La exacerbada litigiosidad en los tribunales no es exclusiva de los tribunales españoles, sin embargo un modelo más parecido al anglosajón, en el que la Administración goza de mayores competencias sin necesidad de un órgano judicial especializado, podría ser de gran ayuda. Objetivamente, en España todo va más lento porque todo pasa por el juez de ejecutorias, cuando en muchos casos las decisiones que toman no son fundamentales para el proceso sino puros trámites burocráticos. Además, en el caso de trabajar con una figura administrativa, siempre sus decisiones quedarían sometidas a control jurisdiccional en caso de que duda, solventando limitaciones proteccionistas de derechos.

El sistema normativo de la ejecución penal es caótico. Bajo mi punto de vista, sería necesario la creación de una ley de ejecución penal que acometa de forma concisa y clara todas aquellas materias que se encuentran dispersas.

Por último, con respecto a la organización y eficacia de la ejecución penal, la NOJ no ha mejorado la tramitación de las ejecutorias en España. El legislativo y el ejecutivo con decisiones electoralistas como estas no van a conseguir que los juzgados respiren. Como alternativa, y más cercano a la realidad:

- Aumento del número de funcionarios
- Formación especializada en ejecutorias del personal
- Más importante: una base de datos electrónica eficaz que además de aportar trazabilidad al sistema agilice los trámites.

¿Ideas o hechos? ¿Principios o justicia efectiva? ¿Estamos haciendo bien las cosas? Como habrán observado no hay pocas palabras para explicarlo. La respuesta a todas ellas es el término medio. Las ideas y principios están y se han implementado aunque no de la mejor manera. Pero estamos en el camino.

“Puesto que las guerras nacen la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz” (Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO CANELA, M., 2012. *Cómo hacer una regresión logística con SPSS paso a paso*. 07. Sevilla: Fabis. Fundación andaluza beturia para la Investigación en salud.
- AGUILERA DE PAZ, E., 1923. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. 2ª edn. Madrid: Reus.
- ARMENTA DEU, T., 2015. *Lecciones de derecho procesal penal*. 8ª edn. Madrid: Marcial Pons.
- ARNÁIZ SERRANO, A., LÓPEZ JIMÉNEZ, R. y LOREDO COLUNGA, M., 2013. *Esquemas de derecho procesal penal: Tomo III*. 3ª edn. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AROCENA, G.A., 2008. Las directrices fundamentales de la ejecución de la pena privativa de libertad en el derecho argentino. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 122, pp. 565-596.
- BANACLOCHE PALAO, J., 2010. *Guía práctica de la nueva Oficina Judicial*. Las Rozas (Madrid): La Ley.
- BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., 2015. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. 3ª edn. Las Rozas (Madrid): La Ley.

- BAROSIO, V., 1958. Esecuzione penale. *Enciclopedia del diritto*. Milano: A. Giuffrè.
- BERLANGA SILVENTE, V. y RUBIO HURTADO, M.J., 2012. Clasificación de pruebas no paramétricas. Cómo aplicarlas en SPSS. *REIRE. Revista d'Innovació i Recerca en Educació*, 5(2), pp. 101-113.
- BUENO ARÚS, F., 1987. El juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, pp. 954966.
- BUENO ARÚS, F., 1983. Los jueces de vigilancia penitenciaria y la criminología. *Poder Judicial*, nº 7.
- CÁRDENAS, J., 2014, Networkianos. Blog de sociología. Disponible en: <http://networkianos.com/regresion-logistica-binaria/>.
- CARRILLO OLANO, G., MÉLER GINÉS, N. y VELA MOURIZ, A., 2010. *Esquemas procesales civiles, penales y concursales: adaptados a la reforma de la Nueva Oficina Judicial*. 2ª edn. Madrid: La ley.
- CASTRO ANTONIO, J.L., 2010. El control judicial de la actividad penitenciaria. Sistema español y derecho comparado, 2010.
- CESANO, J.D., 2001. Algunas cuestiones de derecho de ejecución penitenciaria, *Exposición elaborada para el "Seminario de Ejecución Penitenciaria" organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*, 22 y 23 de noviembre 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., 2005. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal: jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., 2003. Ejecución de las penas privativas de libertad como función jurisdiccional. *Derecho y prisiones hoy*. Colección ESTUDIOS Nº 93 edn. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, pp. 49-ss.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2016, Poder Judicial España. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>.
- DE LA FUENTE FERNÁNDEZ, SANTIAGO, 2011. *Regresión Logística*, Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.
- EL JURIDISTA OPOSICIONES, 2015, Delitos leves y sus cambios legislativos significativos. Disponible en: <http://www.eljuridistaoposiciones.com/delitos-leves-y-suscambios-legislativos-significativos/#.VuK1HPnhDIV> [Septiembre/21].
- ESPARZA LEIBAR, I., 2015. La ejecución en el proceso penal. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*. Tirant lo Blanch, pp. 489-514.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., 1969. El proceso como función de satisfacción jurídica. *Temas del ordenamiento procesal*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA ALBERO, R. y TORRES ROSELL, N., 2012. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. *Ejecución y derecho penitenciario*. FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya.

- GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M., 2004. *La reforma de la ejecución penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA BELLIDO, R., GONZÁLEZ SUCH, J. y JORNET MELIÁ, J.M., 2010. SPSS: Prueba T [Página principal de innovaMIDE], [Online]. Disponible en: http://www.uv.es/innomide/spss/SPSS/SPSS_0701b.pdf.
- GIOSTRA, G., 1992. *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*. Milán: A. Giuffrè.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. La competencia penal. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*. Tirant lo Blanch, pp. 30-47.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015. Extensión y límites de la jurisdicción y competencia. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 160-175.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., 1984. *Derecho procesal penal*. 10 edn. Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., 1949. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria*. Barcelona: Bosch.
- GONZÁLEZ CANO, M.I. y MORENO CATENA, V., 1993. *El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad*, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público y de Filosofía del Derecho, Área de conocimiento de Derecho Procesal.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., 1991. Poder domesticador del Estado y derechos del recluso. *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. 1ª edn. Madrid: Civitas, pp. 1053-1197.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., 1974. *Estudios de derecho procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, R., 2014. Jurisdicción y ejecución. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1, pp. 369-427.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 1981. La problemática del Juez de Vigilancia. *Revista de Estudios Penitenciarios*, (232-235).
- MANZINI, V., 1954. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediar Editores.
- MAPELLI CAFFARENA, B., 1998. La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso. *Revista peruana de derecho procesal*, 2, pp. 287-304.
- MARTÍN DIZ, F., 2002. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada: Comares.
- MARTÍN MARTÍN, Q., CABERO MORÁN, M.T. y DEL ROSARIO DE PAZ SANTANA, Y., 2007. *Tratamiento estadístico de datos con SPSS: prácticas resueltas y comentadas*. Madrid: Thomson.
- MARTÍN PLIEGO, F.J., 2004. *Introducción a la estadística económica y empresarial: teoría y práctica*. 3ª edn. Madrid: Thomson.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J., 2015. *Derecho procesal penal*. Madrid: Tecnos.

- MARTÍNEZ, M., 2010. Distribución de competencias entre jueces y magistrados y secretarios judiciales. Fase de ejecución. *Procuradores*, (85), pp. 22-25.
- MATA TIERZ, J.M., 1967. Competencia en el cumplimiento de las penas de privación de libertad. *Revista de Estudios Penitenciarios*, (julio-diciembre), pp. 393-416.
- MATTHEWS, R., 2011. Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica. *Revista Política Criminal*, 6(12), pp. 296-338.
- MORALES PEILLARD, A.M., WELSCH CHAHUÁN, G. y HURTADO BUNSTER, M.T., 2015. *Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas*. Santiago de Chile: Fundación Paz Ciudadana, Telefónica, Hanns Seidel Stiftung.
- MORALES VALLEJO, P., 2008. Estadística inferencial: el error típico de la media. *Estadística aplicada a las Ciencias Sociales*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- MORENO CATENA, V., 2015. Lección 42. La ejecución. *Derecho procesal penal*. 7ª edn. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 601-632.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., 2005. *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR.
- PEÑA, D., 2010. *Regresión y diseño de experimentos*. 2ª edn. Madrid: Alianza.
- PERLINGEIRO, R., 2014. Justicia administrativa en Brasil: ¿una jurisdicción administrativa judicial, extrajudicial o híbrida? *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1, pp. 429-440.
- RÍOS, P., 2001, 19 de noviembre de 2001. Barcelona tendrá cuatro juzgados penales que sólo ejecutarán sentencias. *EL PAÍS*.
- RODRÍGUEZ AVILÉS, J.A., 2013. *El ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones*, Universidad de Granada.
- RODRÍGUEZ, C., 2016, 10/04/2016. 14.000 sentencias sin cumplir ocho años después del caso Mari Luz. *El Mundo*.
- RODRÍGUEZ, R.M., 2013. Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho. *El Cotidiano*, 28(180), pp. 21-30.
- SAU, J.A., 2011, 07/06/2011. La mitad de los delincuentes no indemniza a sus víctimas por insolvencia. *La Opinión de Málaga*.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., 1969. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel.
- SOLETO MUÑOZ, H., 2012. La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional. *Sobre la mediación penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 53-ss.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., 2005. El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (7).
- TAMARIT SUMALLA, J.M., 2012. Sanciones penales y ejecución penal. *Ejecución y derecho penitenciario*. FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya.

- TAMARIT SUMALLA, J.M. y SAPENA GRAU, F., 2012. La Ejecución de las penas privativas de libertad. Principios penitenciarios y establecimientos. *Ejecución y derecho penitenciario*. FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya.
- WOLTERS KLUWER, 2016, Guía Jurídica: Ejecución de sentencias penales. Disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000012521/20080708/Ejecucion-desentencias>.

Documentos institucionales

- CAÑEDO, J.M., 2015. *Situación de la demarcación y la planta judicial*. Servicio Central de Secretaria General, CGPJ.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1997. *Libro blanco de la justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL, SERVICIO DE INSPECCIÓN, 2008. *Informe que emite el Servicio de Inspección en relación a la situación que representan los Juzgados penales de ejecutorias de España*. CGPJ.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, 30 marzo 2007. *Informe sobre la Situación de los Órganos Judiciales 2006*. CGPJ.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, 29 febrero 2016. *Informe sobre la Situación de los Órganos Judiciales 2015*. CGPJ.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, 17 abril 2008. *Informe sobre la Situación de los Órganos Judiciales 2007*. CGPJ.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, 06 marzo 2015. *Informe sobre la Situación de los Órganos Judiciales 2014*. CGPJ.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SERVICIO DE INSPECCIÓN, 2014. *Informe Órganos que sobrepasan el 150% de la carga de trabajo datos a 31/12/2013*. CGPJ.
- NACIONES UNIDAS, 2006. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas.
- SECCIÓN DE ESTADÍSTICA JUDICIAL, CGPJ, 2014. *Panorámica de la justicia durante 2013*.
- VV.AA., 2010. *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (20052008)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- VV.AA., 2010. *La Nueva Oficina Judicial y el Nuevo Modelo Procesal*. Ministerio de Justicia edn. Gobierno de España.

Capítulo IV

EL FISCAL EN LA EJECUCIÓN

María García Navarro

El artículo 24 de la Constitución Española impone como derecho fundamental la obtención de tutela judicial efectiva por parte de todos los ciudadanos, tutela que ha de verse reflejada también en la ejecución de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales¹. En este sentido, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma que dichas sentencias habrán de ser ejecutadas *“en sus propios términos”*². En referencia a este artículo, el Tribunal Constitucional afirma que tal pronunciamiento forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que recoge el anteriormente mencionado artículo 24. Gracias a esta manifestación se evita la posible desviación del poder judicial sin que medie causa justificada del fallo de la sentencia a la hora de aplicar las medidas que legalmente queden recogidas en el mismo³.

La ejecución, en abstracto, puede definirse como el conjunto de actuaciones necesarias para hacer efectiva la sanción que impone una sentencia condenatoria. Si bien, su definición resulta simple en apariencia, mayor discusión surge alrededor de su naturaleza jurídica. Ciertos sectores doctrinales abogan por su encuadre en el derecho administrativo por ser en última instancia órganos del poder ejecutivo quienes velan por el cumplimiento efectivo de las sentencias en establecimientos que de ellos dependen; otros afirman su pertenencia al derecho sustantivo, por ser la ejecución la consecuencia a la previsión en el Código Penal de una pena para el delito objeto de castigo en la correspondiente sentencia. Por último, está aquel sector que se decanta por su atribución al derecho procesal, de-

¹ Artículo 24 de la Constitución: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

² Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes. 2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización. 3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey.”

³ Ejecución de la Sentencia, ver enlace en la Webgrafía.

bido a que la existencia de una sentencia obedece a un proceso que habrá de ser erigido en base a las distintas normas procesales que fuesen de aplicación según el caso. Si se presta atención únicamente al plano de la ejecución, sin atender al cumplimiento propiamente dicho, su naturaleza jurídica debería quedar recogida en el ámbito procesal⁴.

Legalmente, es en el libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Ley 41/2015, de 5 de octubre*) donde se incorporan las previsiones relativas a la ejecución de las sentencias. Es reseñable, el hecho de que dependiendo del proceso penal en el que haya recaído la sentencia la competencia para proceder a ejecutar la misma corresponderá a un órgano judicial u otro. En concreto, para los juicios de faltas, el artículo 984 de la presente Ley otorga la competencia ejecutoria al órgano que hubiese conocido del juicio en cuestión, debiendo el Juez de Instrucción, en caso de haber llegado a la fase de apelación, remitir los autos originales junto con la certificación de la firmeza de la sentencia al mismo, a efectos de que el Juez conocedor en primera instancia sea quien efectivamente ejecute la resolución, promoviendo éste de oficio su ejecución, acudiendo a las disposiciones que la *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevé en materia de reparación del daño e indemnización de perjuicios⁵.

Por su parte, el artículo 985, referido a las causas por delito, hace competente al Tribunal que dictó la sentencia firme, incluyendo además una mención específica a las sentencias que recaen en el marco de los procesos por delitos leves, en los que medie aceptación por decreto, correspondiendo igualmente la ejecución al órgano que las dictó⁶. Así mismo, el articulado de esta Ley inserta una previsión relativa a la posibilidad de que el Tribunal competente para llevar a cabo la ejecución de la sentencia no esté capacitado para realizar todas las diligencias pertinentes, consistente en acudir al órgano judicial competente del partido o circunscripción en que éstas fuesen a desplegar sus efectos para que las practique⁷.

2. EL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE DE EJECUCIÓN DEL PROCESO PENAL

2.1. La organización del Ministerio Fiscal

2.1.1. Organización territorial

La entrada en vigor de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, que actualiza el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dota de una nueva organización territorial a este Mi-

⁴ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. *Ejecución de la pena privativa de libertad* en LIBROS Y REVISTAS, ver enlace en la Webgrafía.

⁵ Artículo 984 de la Ley 41/2015, de Enjuiciamiento Criminal, de 5 de octubre.

⁶ Artículo 985 de la Ley 41/2015, de Enjuiciamiento Criminal, de 5 de octubre.

⁷ Libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre.

nisterio persiguiendo la consecución de dos objetivos; por un lado, su adaptación a un Estado de Autonomías y por otro, conseguir hacer llegar de forma más eficiente y en mejores condiciones las funciones del Ministerio Fiscal a todo el territorio nacional. El camino elegido para obtener la adaptación del Ministerio Fiscal al modelo constitucional basado en las Autonomías ha sido la instauración de la figura del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, reforzando así el papel del Fiscal a nivel autonómico. La función principal que se atribuye a estos Fiscales es la de representación institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito territorial que corresponda, correspondiéndole además, la dirección de facto del Ministerio Público en dicho territorio⁸.

A nivel institucional, queda encargado de las relaciones de este Ministerio con el resto de autoridades de la Comunidad Autónoma cuando devenga necesario, así como a presentar la Memoria anual ante la Asamblea Legislativa de la Comunidad. Pretendiendo el cumplimiento del mismo objetivo, se crean las Juntas de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, revelándose como un mecanismo de coordinación a nivel horizontal imprescindible para el correcto funcionamiento del Ministerio Fiscal y para que su actuación, quede regida en todo momento por el principio de unidad en todo el territorio del Estado.

Esta Ley preceptúa además, la dependencia jerárquica entre el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y los Fiscales Jefes de las distintas provincias, ostentando los primeros la titularidad de todas las funciones que el Estatuto Orgánico dota de una superioridad jerárquica. El Jefe de la Fiscalía de la CCAA ha de entenderse como un órgano independiente de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales, lo que implica una necesidad de un Fiscal Jefe Provincial. Este desdoblamiento pretende dar una respuesta al creciente volumen de actividad fruto de las reformas procesales operadas.

En cuanto a la organización a nivel provincial, la Fiscalía de la Audiencia Provincial pasa a denominarse Fiscalía Provincial al tomarse consciencia de que prestan su servicio no sólo a la Audiencia sino al conjunto de juzgados y tribunales. Ésta cuenta con las Fiscalías de Área y las Secciones Territoriales, garantizando así el fácil acceso a los órganos jurisdiccionales y en consecuencia, a la justicia.

2.1.2. Organización por especialización

El principio de especialización, es el elegido para ser potenciado, en aras de revestir la actuación del Ministerio Fiscal de una eficiencia mayor, dando así una mejor respuesta a las nuevas formas de criminalidad que se han ido poniendo de manifiesto. Para ello, se han creado las Fiscalías Especiales, denominadas concretamente como la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción y contra la Delincuencia Organizada.

⁸ Preámbulo de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La primera de ellas actuará en todos aquellos expedientes y procedimientos que versen sobre asuntos relacionados al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas incluyendo además, los delitos de blanqueo de capitales relacionados con dicho tráfico⁹. La segunda, quedará encargada de todos aquellos supuestos que presentan una especial trascendencia y que estén relacionados con los siguientes tipos delictivos: Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando, delitos de prevaricación, delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada, malversación de caudales públicos, entre otros muchos¹⁰.

Este principio de especialización, habrá de marcar sustancialmente la estructura organizativa de la Fiscalía, consiguiendo así, el perseguido despliegue territorial del Ministerio Fiscal. De este modo, las Fiscalías Especiales se caracterizan por una organización desconcentrada, a través de la designación de Fiscales Delegados en los distintos órganos territoriales, los cuáles quedan subordinados jerárquicamente al Fiscal Jefe a nivel estatal de la Fiscalía en cuestión, evitando así los conflictos que pudiesen suscitarse. Es esencial, en consonancia con lo expuesto, la delimitación de las competencias del Fiscal Delegado, dejando claro si ésta es exclusiva o compartida con los demás Fiscales del territorio y así habrá de concretarse en las instrucciones emitidas por el Fiscal General del Estado y en el correspondiente Decreto de nombramiento.

Las Fiscalías territoriales cuentan en algunos casos con Secciones Especializadas en razón de las diversas materias, como por ejemplo, violencia de género o menores. El Estatuto Orgánico de este Ministerio da las fórmulas para dotar este modelo, cada vez de mayor aplicación, de homogeneidad organizativa, teniendo en cuenta el volumen de trabajo y la plantilla de cada Fiscalía. De este modo, los Fiscales “especializados” se dedican en exclusiva o compatibilizándolo con otras funciones a el área que se les atribuya. Dicho Estatuto prevé además, la posibilidad de que se creen Secciones no sólo por materias sino para la racionalización del trabajo en aquellas Fiscalías con mayor volumen de trabajo, quedando éstas Secciones, cuando sea posible, bajo la supervisión de un Fiscal Decano nombrado por el Fiscal General del Estado, siguiendo para ello el mismo modelo que para el nombramiento de los Fiscales Delegados¹¹.

2.1.3. Otros aspectos de interés

En aras de una mayor modernización y racionalización de la estructura de este Ministerio, la Ley que da aprobación al nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,

⁹ Artículo 19.3 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁰ Artículo 19.4 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹¹ Título II. Capítulo I de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

otorga un papel relevante al Teniente Fiscal del Tribunal Supremo a través de una redefinición de las funciones de dirección de la Fiscalía de este Tribunal que le son propias y de la sustitución del Fiscal General¹².

Es también, digna de mención, la creación de una Unidad de Apoyo, compuesta por Fiscales y funcionarios cuyo cometido consistirá en asistir a la Fiscalía General del Estado en el ámbito de la representación institucional, de la comunicación y las relaciones establecidas con los medios y por supuesto, en la gestión necesaria para prestar atención a los ciudadanos. Igualmente, prestarán su ayuda en la elaboración de análisis y propuestas que se requieran para optimizar la organización y el funcionamiento del Ministerio Público¹³.

Con la actualización de este Estatuto, y respetando la *Ley 4/1987 de 15 de julio de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, aparece la figura de la Fiscalía Jurídico Militar, a quien corresponderá la promoción de la acción de justicia en los delitos cuyo enjuiciamiento pertenezca al fuero militar, habiendo de ocuparse de la investigación del hecho delictivo, del ejercicio de la acción penal y formular acusación, así como de la reclamación de una reparación que enmiende en la medida de lo posible el daño infligido a las víctimas. La estructura de esta Fiscalía está compuesta por un Fiscal General, acompañado por un fiscal adjunto, uno con carácter auxiliar y otro encargado de investigar los asuntos constitucionales y legales, entre otros¹⁴.

El modo en que queda organizado el Ministerio Fiscal implica dos importantes ventajas. Por un lado, reduce el exceso de tareas que ostentaba el Fiscal General y por otro, la existencia de los Fiscales Delegados permite recoger propuestas variadas, con un mayor grado de especialización y experiencia, que desembocan en un mejor funcionamiento, al dar respuesta mediante distintas órdenes e instrucciones a los verdaderos problemas a los que se enfrentan las distintas Fiscalías¹⁵.

2.2. El papel del Ministerio Fiscal

Tras hacer una referencia genérica a la ejecución, parece pertinente incluir algunas pinceladas sobre el Ministerio Fiscal con el objetivo de terminar de acotar el espacio en el que se desarrollará el presente trabajo. La Constitución Española, en su artículo 124

¹² Artículo 17 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹³ Artículo 13.4 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁴ *Entra en Vigor la Fiscalía General de Justicia Militar: Gral. Jesús López Benítez* en FORO JURIDICO REVISTA ESPECIALIZADA, ver en la Webgrafía.

¹⁵ TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo. El fiscal en el nuevo proceso penal: Estatuto orgánico del Ministerio fiscal, reforma 2007. Comares, 2008.

enuncia la misión de dicho Ministerio, consistiendo la misma en “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley*”¹⁶. En el mismo sentido se pronuncia el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con las siguientes concreciones “*compete al Ministerio Fiscal tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procedimientos relativos al estado civil y asimismo, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quiénes por carecer de capacidad de obrar o de representante legal no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan*”¹⁷.

Se le otorga por tanto el deber de velar por los derechos y garantías de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, como son, por ejemplo, los menores o las personas con discapacidad. Se trata, en consecuencia de una misión de carácter constitucional, lo que acarrea no sólo una serie de atribuciones específicas sino también responsabilidades¹⁸.

El papel del Ministerio Público, ha sido dotado de una mayor actividad a través de las Instrucciones 1 y 2 de 2008 de la Fiscalía General del Estado¹⁹, en las que se reclamaba una actuación más dinámica y eficaz de dicho Ministerio a lo largo de todo el proceso penal, siendo esta petición claramente extensible a la fase de ejecución por encontrarse está comprendida dentro del proceso como así se viene afirmando reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰. En la misma línea, se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entendiendo que “*las sentencias que ponen fin al proceso judicial han de ser ejecutadas íntegramente, haciendo efectivos todos y cada uno de los aspectos de sus pronunciamientos. En caso contrario, no sólo se mermaría la propia función jurisdiccional tal y como la Constitución la define, sino que también se resentiría el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 de nuestra Norma Fundamental.*” Por tanto, el Tribunal Constitucional concluye que de no ejecutarse las resoluciones que devengan firmes “*los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, y por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial.*”²¹

Respetando lo expuesto en el párrafo inmediatamente anterior y el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²², y en consonancia con la misión que la Constitución atribuye a los Fiscales, en concreto con la promoción de la acción de justicia

¹⁶ Artículo 124 de la Constitución Española, 1978.

¹⁷ FISCAL PÉREZ MARTÍNEZ, *Intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución, especial referencia a la ejecución de familia, incapacidades y derechos fundamentales*, ver enlace en la Webgrafía.

¹⁸ Título I. Capítulo I de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁹ La Fiscalía General del Estado ordena potenciar el papel del Ministerio Público en la ejecución de los procesos penales. Asociación Libre de Abogados y Abogadas, ver enlace en la Webgrafía.

²⁰ Instrucciones 1 y 2 de 2008 de la Fiscalía General del Estado.

²¹ STC 110/2009, de 11 de mayo de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

²² Artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

en defensa de la legalidad y de los derechos y garantías de los ciudadanos, queda el Ministerio Fiscal obligado a garantizar la eficacia y coordinación necesarias en esta fase procesal, buscando evitar en todo caso, los problemas que surgen alrededor de la ejecución de las sentencias condenatorias y que dan lugar a una sensación de impunidad en los condenados, desprotección en las víctimas y desconcierto en la sociedad.

En España, conforme a lo expuesto en el artículo 117.3 de la Constitución Española, la potestad jurisdiccional que ostentan los jueces y tribunales se manifiesta “*juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*”²³. Sin embargo, el planteamiento en dos fases de nuestro proceso penal, amplía la intervención del juez a la fase de instrucción debiendo participar en el proceso distintos jueces, uno instructor y otro encargado de juzgar el asunto, con objeto de garantizar el principio de imparcialidad así como el resto de garantías procesales.

Es por todo ello, que especialistas del mundo del Derecho han abogado por estudiar alguna otra forma que garantice la efectiva imparcialidad judicial requerida en estos procesos. Una de las soluciones propuestas consiste en aumentar el protagonismo del Ministerio Fiscal, sobre todo durante la investigación y la instrucción que tiene lugar con carácter previo al enjuiciamiento. El modelo que parece más recomendable seguir para llevar a cabo las oportunas modificaciones en nuestro sistema judicial es el seguido por el *common law* estadounidense, considerado de *prosecution*.

No obstante, previamente a la adopción de cambios sustanciales en nuestro sistema de investigación e instrucción en los procesos penales, es pertinente valorar las ventajas e inconvenientes de introducir una institución completamente desconocida en nuestro derecho interno, dado que aun formando parte el *commow law* del derecho occidental, presenta considerables diferencias tanto conceptuales, como fundamentales con respecto al que resulta de aplicación en nuestro país. Al analizar el proceso penal de Estados Unidos, resulta plausible el papel considerablemente menos activo que desempeña el juez con respecto al desempeñado en España, careciendo prácticamente de facultades para llevar a cabo actividades de carácter probatorio por iniciativa propia, sin opciones a intervenir en la investigación e instrucción de los procesos penales, quedando limitados únicamente al enjuiciamiento. En EEUU dichas tareas quedan reservadas a la prosecutors federales y estatales, equivalentes en cierta medida a los fiscales españoles.

En el ejercicio de dichas tareas, los prosecutors gozan de una amplia arbitrariedad, pudiendo estos tomar la decisión de acusar a alguien con absoluta discrecionalidad. Además, sus decisiones suelen estar marcadas por intereses políticos, dado que son designados por el poder político, es decir, ocupan su puesto en base a la confianza que el poder político decide depositarles, no son por tanto, miembros de carrera, lo que

²³ Artículo 117.3 de la Constitución Española: “3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”.

garantizaría un proceso objetivo de acceso y selección, a diferencia de lo que ocurre en España, donde los fiscales en su actuación han de atender una serie de principios como son el de unidad, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. Es destacable también el hecho de que en su actuación se rigen por el principio de oportunidad penal, lo cual da un amplio margen a la iniciativa penal, al contrario de lo que ocurre en España, donde la Constitución Española establece una serie de márgenes dentro de los que puede moverse el Ministerio Público y que obran en el artículo 124.1 CE²⁴.

Uno de los principios que rige la actividad de los prosecutors y que contribuye a su mayor protagonismo es el *Adversary system*, por el cual proceso se caracteriza por la existencia de partes enfrentadas que se encargan de formular sus argumentos, así como de recabar información y conseguir pruebas, convocar e interrogar a testigos, siendo éstas quienes controlan el proceso dentro de una serie de límites, quedando el juez o el jurado relegados a una posición pasiva y neutral a lo largo del proceso. Dicho principio, se encuentra en contraposición con el principio acusatorio que gobierna nuestro sistema, al entender el proceso penal como una competición entre las partes, en la que éstas tienen exclusivamente “la iniciativa probatoria y la plena disponibilidad del objeto procesal.”²⁵

Es en este punto donde se hace más patente el distanciamiento entre el sistema procesal español y el estadounidense, ya que la disponibilidad del objeto procesal concede a los public prosecutors la posibilidad de llegar a cualquier tipo de acuerdo con los acusados, poniendo así fin al proceso, sin necesidad de que llegue a enjuiciarse el asunto. Bien es cierto, que en el sistema penal español, ya hace años que la conformidad fue introducida a través de los “juicios rápidos” mediante la *Ley 38/2002, de 24 de octubre y la Ley Orgánica 8/2002* de la misma fecha. En cambio, la conformidad tal y como la conocemos en nuestro país no es equiparable a la negociación de cargos penales que tienen lugar en EEUU, puesto que aquí está condicionada a una serie de límites legales que van mucho más allá que la simple voluntad de llegar a un acuerdo exigible en el sistema penal estadounidense.

A la vista de las consideraciones expuestas, es obvia la necesidad de hacer una profunda reflexión referente a los fundamentos que les son propios a nuestro proceso penal y a los principios constitucionales que rigen las funciones del Ministerio Fiscal en aras de discernir la idoneidad de tomar como referencia el modelo de los public prosecutors estadounidenses, del cual nos alejan no sólo la falta de equivalencia de traducción sino la concepción del proceso penal en torno al *adversary system* radicalmente opuesto a los fundamentos esenciales de nuestro principio acusatorio.

²⁴ Artículo 124.1 de la Constitución Española: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.”

²⁵ ALISTE SANTOS, Tomás J. *El Ministerio Fiscal en el sistema acusatorio español frente a los 'prosecutors' del 'adversarial system' estadounidense* en UNIRREVISTA, ver enlace en la Webgrafía.

2.3. Relación entre el Ministerio Fiscal y la reparación de las víctimas

Por otra parte, parece de relevancia, por las materias que son objeto de este estudio, tratar la relación existente entre el Ministerio Fiscal y las víctimas de delitos. Para ello, es pertinente acudir a la Memoria de la Fiscalía General del Estado del presente año que incluye una referencia a la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, Estatuto de la víctima del delito, en la que aprovecha para aplaudir lo ambicioso del contenido de su articulado pero además pone de manifiesto la falta de reconocimiento del papel de la Fiscalía en las cuestiones relativas a la Protección de las Víctimas. Se tacha de injusto el olvido de la labor de muchos miembros del colectivo que componen esta Institución, que con su compromiso y sus actuaciones, han conseguido impulsar con considerable eficacia dichas cuestiones. El proceder del legislador conlleva una importante consecuencia negativa al desaprovechar las iniciativas de las distintas Fiscalías que estaban funcionando, optando por el contrario, por una atribución masiva de competencias a las Oficinas de Atención a las Víctimas. Oficinas, que rara vez llegan a ser creadas y en caso de serlo, no suelen contar con los medios óptimos y necesarios²⁶.

En dicha Memoria, en la cual, los Fiscales Delegados vierten la información referente a la Comunidad Autónoma en la que operan, puede verse de forma clara el distinto modo de actuar también en este asunto de las diferentes Fiscalías.

2.3.1. Fiscalía de la Comunidad de Madrid

Resulta destacable la iniciativa llevada a cabo por la Comunidad de Madrid, consistente en dotar a las distintas Fiscalías autonómicas de una sección altamente especializada e independiente de los Fiscales que intervengan en la instrucción y enjuiciamiento de los diversos casos, con el objetivo de otorgar información, asistencia y protección óptima a las víctimas y los testigos protegidos. La oferta de este servicio, además de alinearse con las previsiones recogidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, pretende conceder no sólo una atención basada en la protección personal de víctima o testigo, sino que persigue dar respuesta a las posibles necesidades que pudiesen surgir a lo largo de la intervención de éstos en el proceso penal.

En consonancia con las facultades que este Ministerio tiene atribuidas y los presupuestos y principios que rigen su actuación, resulta obvia su capacidad para proceder a coordinar de manera eficiente la protección de las víctimas, ejerciendo a su vez la dirección jurídica de esta actividad, eludiendo así incurrir en nuevos costes de formación de juristas para las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. A pesar, de este planteamiento razonable y sin duda eficiente, aportado por la Fiscalía de la Comunidad de Madrid, ni la Ley 4/2015 ni el Reglamento que la desarrolla se ha hecho eco

²⁶ Memorias de la Fiscalía General del Estado del 2016. Ver enlace en la Webgrafía.

del mismo, obviando así, una experiencia dilatada. El artículo 19 del Estatuto de la Víctima del Delito²⁷ se limita a reconocer el deber del Ministerio Fiscal de velar por los derechos procesales de las víctimas, sin atribuirle obligación alguna en cuanto a la atención extraprocesal más allá del deber de información que comparten con el resto de Autoridades y funcionarios.

El articulado del Estatuto de la Víctima, en contra de lo que a ojos de la Fiscalía parece recomendable, reduce la intervención del Ministerio Fiscal a los procedimientos cuya investigación o instrucción les corresponde directamente, lo cual no impide que al amparo del artículo 3.10 de su Estatuto Orgánico puedan solicitar la adopción de medidas de protección a la autoridad judicial²⁸.

2.3.2. *Fiscalía Provincial de Barcelona*

Los Fiscales pertenecientes a la Fiscalía de Barcelona, en atención a la preocupación generalizada de todas las víctimas a la posible reacción del acusado a lo largo del proceso y tras su terminación, en el marco del servicio de protección de facto que cada Comunidad viene aplicando, y valiéndose de sus relaciones con los Servicios Penitenciarios, han abordado esta situación suministrando a las víctimas en posible peligro, la información relativa al cumplimiento de la condena o de las medidas cautelares. Tales Servicios aportan un informe sobre la persona en cuestión de forma pormenorizada, permitiendo así la adopción de medidas adecuadas en favor de la víctima. Las víctimas suelen coincidir en otorgar una valoración positiva a la protección personalizada que reciben en base al correspondiente informe²⁹.

2.3.3. *Fiscalía Provincial de Bilbao*

Por su lado, la Fiscalía Provincial de Bilbao optó por la creación de un Registro Informático de Víctimas Especiales en el que se hacen constar los datos de las víctimas que a su parecer, están necesitadas de una mayor protección por los rasgos particulares

²⁷ Artículo 19 de la Ley 4/2015, Estatuto de la Víctima del Delito: “Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso.”

²⁸ Artículo 3.10 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: “1.10. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.”

²⁹ Memorias de la Fiscalía General del Estado del 2016. Ver enlace en la Webgrafía.

del hecho delictivo del que han sido víctimas o por presentar un alto grado de vulnerabilidad. Para la eficacia de este Registro es de vital importancia que se mantenga actualizado, teniendo el Fiscal encargado del caso de hacer constar en el mismo cualquier vicisitud. Cuando concurre una de estas víctimas llamadas especiales, sus datos han de ser comunicados al Servicio de Asistencia a la Víctima³⁰ con el objetivo de que procedan a presar la oportuna cobertura y asistencia si este fuese el deseo de la víctima. En concreto, la relación entre la Fiscalía de Bilbao y el SAV, es fluida y recíproca desde el año 1991, contando éste último con un equipo multidisciplinar formado por juristas, trabajadores sociales y psicólogos que ofrecen sus servicios con carácter gratuito para todas aquellas víctimas que voluntariamente decidan acudir a ellos.

Las funciones principales del SAV consisten en la información a las víctimas sobre los derechos que les amparan así como sobre los distintos procedimientos legales de los que pueden hacer uso y que versan fundamentalmente sobre la asistencia jurídica gratuita, las acciones penales disponibles y las posibles ayudas económicas. Además prestan atención y asistencia a víctimas que gozan de orden de protección. Sus funciones obedecen, por supuesto, a una serie de objetivos, entre los cuales está la rehabilitación de la víctima con el fin de evitar la eternización de los daños infligidos por el delito, reduciendo los efectos del impacto emocional sufrido.

2.3.4. *Fiscalía Provincial de Sevilla*

En el sur, en la Fiscalía Provincial de Sevilla, con la entrada en vigor del Estatuto de la Víctima del Delito se estableció un Servicio de Coordinación que quedaría encargado de recibir la información relativa a las causas que incluyesen víctimas necesitadas de una especial protección de las previstas en el artículo 23 de dicho Estatuto³¹. Para dar operatividad a esta idea se introdujo en el “*servicio informático una ficha modelo de comunicación de víctimas vulnerables que, una vez cumplimentada, se remitiría por correo electrónico al Servicio de Víctimas*”, responsable del seguimiento de la causa desde la recepción del email. La implantación de este Proyecto, no implica una desvinculación de las víctimas que no presentan estas características especiales, quedando la Fiscalía igualmente a su servicio y velando en todo momento por sus derechos.

Se ha optado también, por un contacto periódico con el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía, permitiendo así que el Fiscal reciba información relativa a causas que les sean de interés por estar ocupándose de su seguimiento, además de exponer algunos casos con víctimas que, según el criterio de la Fiscalía, requieren de los servicios de este organismo. En aras de facilitar y agilizar la actuación de los Fiscales, la Fiscalía

³⁰ Administración de Justicia en Euskadi, ver enlace en la Webgrafía.

³¹ Artículo 23 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito relativo a la Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.

de Sevilla ha generado impresos modelo para la solicitud de medidas de protección a las víctimas respetando las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde esta Fiscalía, para la fase de ejecución, se decantaron por seleccionar un Fiscal en el Servicio de Vigilancia Penitenciaria que, una vez recaída sentencia, se encargase de identificar y dar seguimiento a aquellas causas que implicasen riesgo para las víctimas de delitos, ya sea para su integridad o sus intereses, quedando éstas debidamente informadas en todo momento sobre la situación del penado³².

2.3.5. Previsiones sobre la materia en el Estatuto de la Víctima del Delito

Más allá de los distintos modos de proceder de las Fiscalías, el artículo 25 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito prevé, con carácter general, una serie de medidas de protección que el Ministerio Fiscal puede instar a lo largo de la fase de investigación. Entre ellas, se prescribe la necesidad de que la declaración de las víctimas se reciba en lugares creados concretamente para ello y que dicha declaración sea tomada por profesionales que gocen de una formación específica capaz de minimizar los perjuicios a la víctima, correspondiendo en todo caso a la misma persona, la recepción de las distintas declaraciones que la víctima pudiese efectuar, salvo que ésta deba ser tomada por el Fiscal o Juez³³.

Igualmente, se prevé para las víctimas de “*delitos de violencia de género y doméstica y contra la libertad o indemnidad sexual y las víctimas de trata con fines de explotación sexual*” la posibilidad de solicitar que sea una persona del mismo sexo la que le tome declaración, con la misma excepción mencionada.

Por otra parte, en la fase de enjuiciamiento se incluyen medidas que consisten en evitar que víctima y agresor tengan que mantener contacto visual durante la vista del juicio, llegando incluso a ofrecer medios para que la víctima pueda prestar declaración durante el juicio sin que sea imprescindible su presencia en la Sala. Se incluye en este artículo así mismo la opción de adoptar medidas en aras de evitar la formulación de preguntas que pudiesen suponer una intromisión en la vida privada de la víctima sin que ello tenga relevancia alguna para el esclarecimiento del hecho objeto de enjuiciamiento, salvo que la información que se obtuviese de esas preguntas fuesen imprescindibles para la valoración de los hechos o de la credibilidad de la víctima y así lo considerase el Juez o Tribunal.

Si se tratase de víctimas menores de edad o con discapacidad se presentan una serie de medidas adicionales en respuesta al mayor grado de protección requerido, pudiendo reproducir en el juicio conforme a lo previsto por la LECrim las declaraciones grabadas durante la investigación³⁴.

³² Memorias de la Fiscalía General del Estado del 2016.

³³ VALCARCE LÓPEZ, Marta. Ley 4/2015, estatuto de la víctima del delito en transposición de la directiva 2012/29 de la EU. La posición de la víctima y su incidencia en el proceso penal. Novedades Legislativas, 2015.

³⁴ Artículo 25 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito.

2.4. El Ministerio Fiscal en la ejecución

2.4.1. Normativa

Respecto a la normativa de aplicación al Ministerio Fiscal en lo relativo a la fase de ejecución penal, son escasas las previsiones que pueden encontrarse. En la regulación general de la jurisdicción penal, hay que remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para encontrar algunas remisiones a la intervención de dicho Ministerio en esta fase del proceso penal³⁵, no existiendo referencia alguna en el Código Penal.

En concreto, en el artículo 988 de la mencionada Ley, es donde se encuentra la primera referencia al Ministerio Fiscal en materia de ejecución. En él, se establece que en aquellos casos en que el imputado fuese declarado culpable de un conjunto de ilícitos penales en distintos procesos, pudiendo haber sido éstos tratados como delitos conexos en un único proceso conforme a lo previsto en el artículo 17.3³⁶ de esta Ley, el Ministerio fiscal podrá instar al Juez o Tribunal para que proceda a fijar el “límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal”. Para aquellos casos en que el Fiscal no solicite la aplicación de dicho artículo, será preceptivo su pronunciamiento al respecto a través de un dictamen, el cual será tenido en cuenta por el Juez o Tribunal a la hora de pronunciarse mediante auto, contra el que cabrá recurso³⁷.

En definitiva, como bien se deriva de la Ley que está siendo objeto de estudio, es al Juez o Tribunal a quien corresponde adoptar todas las medidas que resulten necesarias para hacer efectiva la sentencia dictada por los mismos, sin dilaciones indebidas, concediéndoles a su vez la opción de requerir auxilio de Autoridades Administrativas, las cuales están obligadas a prestarlo sin que sea posible alegar excusa alguna.

La segunda referencia al Ministerio Fiscal obra en los artículos 991 a 994, donde se prevé el proceso que se ha de seguir cuando el reo presuntamente muestre síntomas de encontrarse en un estado de demencia. En estos supuestos es necesaria la elaboración de un expediente que fundamente a través de hechos la sospecha de dicho estado del interno o una certificación acreditativa de los facultativos que hayan llevado a cabo la observación del sujeto. De constatarse la gravedad de la situación, el Director del Establecimiento Penitenciario y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias habrán de informar al respecto al Presidente del Tribunal que dictó la sentencia que sirve como

³⁵ Libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre.

³⁶ Artículo 17.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre: “3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

³⁷ Artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre.

base a la condena. Una vez, que el expediente es puesto en conocimiento del Tribunal sentenciador, procederá a incoar una investigación minuciosa y formal relativa al estado físico, psíquico y moral del reo. En el marco de este proceso, el Fiscal intervendrá valiéndose de medios legales de prueba para fundamentar su posición en el asunto objeto de estudio, debiendo éste ser oído por el Tribunal como así prevé el artículo 993³⁸.

La última alusión que la Ley incluye en materia de ejecución al Ministerio Fiscal está recogida en el artículo 999, relativo a la “ejecución de sentencias por delitos contra la Hacienda Pública”. En este contexto, cabe que la Administración Pública opere ciertas modificaciones en el pago que ha de realizar el condenado bajo el amparo de lo previsto en la Ley General Presupuestaria vigente. En el supuesto de que el sujeto sobre el que recae la obligación de pago manifieste su disconformidad, habrá de notificarse la situación al Tribunal competente para la ejecución, el cual tendrá que escuchar además de a la Administración ejecutante, al Ministerio Fiscal, previamente yes que dicte una resolución en forma de auto dónde se pronuncie sobre la conformidad de las modificaciones con lo previsto en la sentencia³⁹.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, por su parte se limita a encomendarle a los miembros de este colectivo el deber de “*velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social*”, recogiendo en su artículo 4 una serie de facultades, con carácter general, que amparen y faciliten la consecución de las funciones que tienen atribuidas sin introducir una regulación más extensa al respecto⁴⁰.

Se pone así de manifiesto, una patente falta de regulación en las leyes que vertebran nuestro sistema procesal penal en lo referente al papel del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución del proceso penal, de lo cual cabe inferir el papel secundario que a éste se le atribuye en esta fase. El reconocimiento de la labor que ejerce este Ministerio viene siendo reivindicado por los Fiscales en las Memorias que cada año elabora la Fiscalía Ge-

³⁸ Artículos 991-994 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre.

³⁹ Artículo 999 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre.

⁴⁰ Artículo 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: “El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá: Uno. Interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de éstos cualquiera que sea su estado, o que se le remita copia de cualquier actuación, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando. También podrá acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial. Dos. Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente. Tres. Requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes. Cuatro. Dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso.

Cinco. Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados...”

neral del Estado tras recopilar información procedente del resto de Fiscalías a los distintos niveles territoriales, pues prácticamente en todas ellas, se incorporan protocolos de actuación *de facto*, alineados con la normativa europea y que se revelan eficientes, pero que sin embargo, a día de hoy no han sido incorporados en ningún cuerpo normativo.

2.4.2. Datos

El objetivo de este epígrafe no es otro que incorporar una serie de datos referentes a la actividad de las Fiscalías territoriales a lo largo del año 2015. Información que se ha vertido en las Memorias de la Fiscalía General del Estado del 2016 por las distintas Fiscalías de las CCAA y las Fiscalías de Provincia. Este estudio tiene lugar cada año y aporta un análisis sobre la actuación del Ministerio Fiscal no sólo en la jurisdicción penal. Si bien es cierto, la mayoría de sus intervenciones tiene lugar en este ámbito, pero no hay que olvidar su presencia en otras jurisdicciones en defensa siempre del interés social, misión que le viene atribuida en virtud de la Ley⁴¹.

La estructura propia de un estudio estadístico de la que se dota dicho análisis permite obtener una visión global de la actividad del Ministerio Fiscal basada tanto en datos como en valoraciones realizadas sobre ellos, lo cual resulta útil para los poderes públicos a la hora de adoptar decisiones y también para la creación de criterios de actuación. A pesar de la importancia de la información obtenida a través de estas Memorias, no es posible conocer la evolución de la criminalidad y de los procedimientos judiciales únicamente con las estadísticas realizadas por la Fiscalía en base a sus propios indicadores, sino que ha de ser completada a la luz de las llevadas a cabo por otras instancias judiciales o policiales.

Es necesario tener en cuenta que los datos que se expondrán a continuación han de ser interpretados en un contexto de cambio, pues el año 2015 estuvo marcado por importantes reformas legales de gran calado tanto en derecho sustantivo como procesal⁴². Es debido a este período de transición, que no siempre cabrá establecer comparaciones entre los datos del 2015 y 2014 por corresponderse estos con categorías jurídicas diferentes, como es el caso de los juicios de faltas, ya derogados y los actuales juicios por delitos leves; o bien por ser distinta la regulación procesal aplicable.

Como ya se ha mencionado, la actuación mayoritaria del Ministerio Fiscal se concentra en el ámbito penal y es por ello que cuenta con numerosos indicadores en la estadística elaborada, pero en concreto, es el dato referente a los escritos de acusación el que goza de una mayor calidad ya que la formulación de escritos de acusación es sin duda alguna, uno de los actos procesales más importantes, en el cuál el Fiscal procede

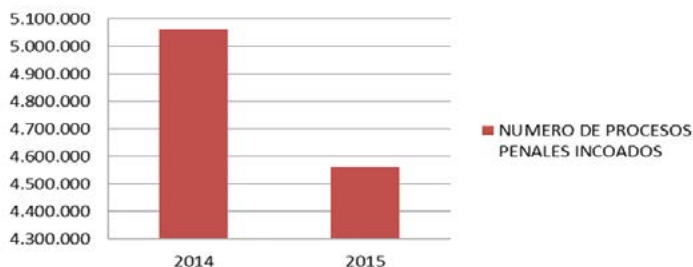
⁴¹ Memorias de la Fiscalía General del Estado del 2016. Ver en la Webgrafía.

⁴² JAÉN VALLEJO, Manuel & PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. La reforma procesal penal de 2015. Dykinson, 2015.

a manifestar su valoración y la tipificación jurídica de los hechos, conformando así su posición procesal en el procedimiento.

Haciendo un repaso por los distintos indicadores existentes, el primero que puede encontrarse en las Memorias lo constituyen el número de nuevos procedimientos incoados en la jurisdicción penal a lo largo del año. El total correspondiente al año 2015 es de 4.563.640 procedimientos, 498.526 menos que en el año 2014 lo que supone una reducción de casi un 10%. Tal disminución obedece principalmente a la despenalización de ciertas conductas por la reforma del 1 de Julio de 2015, pero también al actual régimen de remisión de atestados sin constancia del autor de la policía a los juzgados.

NUMERO DE PROCESOS PENALES INCOADOS



Otro factor interesante es la evolución⁴³ que se produce interanualmente en las diligencias previas incoadas por suponer el grueso de los procedimientos que los Juzgados incoan. La evolución de este año está marcada por un descenso del 4%, el cual es inferior al que tuvo lugar entre 2014 y 2013 que ascendió al 6%. Los motivos que justificaban este descenso se basaban en la implantación progresiva de sistemas informáticos que permitían el trasvase entre los registros de los Juzgados y las Fiscalías dando así lugar a la uniformidad de criterios de actuación y evitando también las duplicidades⁴⁴. En este caso, el descenso también obedece al régimen mencionado con anterioridad relativo a los atestados sin autor que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, por el que se evita el acceso de dichos atestados a los Juzgados. Tal reforma, pretendía según el legislador «evitar el uso irracional de los recursos humanos y materiales de la Administración de Justicia para gestionar los atestados policiales sin autor conocido, pues dan lugar en los juzgados a innecesarias aperturas de diligencias que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal. Se trata de un trabajo superfluo y perturbador»⁴⁵. Así se da res-

⁴³ GARCIA, M (2017). Número de Procesos Penales Incoados (Gráfico).

⁴⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales. Aranzadi, 2004.

⁴⁵ Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y de regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

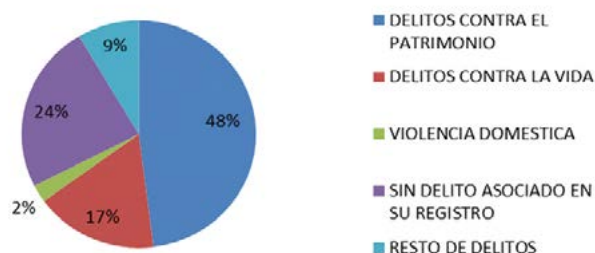
puesta a una queja reiterada de la Fiscalía General del Estado en sus Memorias relativa al excesivo volumen de diligencias previas que se incoan en contraste con aquellas que efectivamente tienen contenido susceptible para la formulación de escrito de acusación y apertura del juicio oral.

No parece oportuno olvidar que esta reforma lleva poco tiempo en vigor por lo que los datos obtenidos en el año 2015 aún están marcados por una cifra total de diligencias previas incoadas muy superior, pues hay procedimientos que no se iniciaron a consecuencia de la comisión de un hecho delictivo y también existen algunos hechos delictivos que dieron lugar a varios procedimientos con las diligencias previas que requieren en cada caso.

Para que sea posible obtener el volumen real de asuntos es necesario descontar una serie de datos como por ejemplo, el relativo a las diligencias previas acumuladas o inhibidas por haberse registrado como nuevas diligencias sin tratar en realidad casos distintos. El porcentaje de este tipo de diligencias supuso en 2015 un 19% del total. Igual tratamiento deberían recibir las diligencias previas sobreseídas y archivadas, siendo éstas algo más del 70% del total. Al obviar estas diligencias resulta que en el año 2015 fueron 436.713 las diligencias previas de nueva incoación de los que sólo el 11% conllevó otros procedimientos susceptibles de finalizar en enjuiciamiento.

En cuanto a los delitos que llevaron a un mayor número de incoación de diligencias previas⁴⁶ fueron los delitos contra el patrimonio, representando un 48% del total mientras que sólo el 17% correspondió a delitos contra la vida y la integridad física. Respecto a los delitos que dieron lugar a una calificación por parte del Ministerio Fiscal en diligencias urgentes son principalmente los delitos contra la seguridad vial con un 40% del total de diligencias urgentes incoadas, seguidos por los delitos de violencia doméstica o de género con un 28%. Cabe mencionar que en 2015 el porcentaje de diligencias urgentes sobreseídas ascendió al 13%, mientras que el 11% de las diligencias

DILIGENCIAS PREVIAS SEGÚN TIPO DELICTIVO



⁴⁶ GARCIA, M (2017). Diligencias previas según tipo delictivo. (Gráfico).

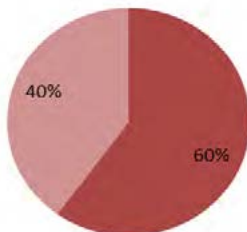
urgentes incoadas acabaron transformándose en previas con la prolongación temporal que supone esto para su tramitación. La Fiscalía considera que dicha transformación obedece entre otros factores, *“a la falta de comparecencia de los imputados no detenidos pero debidamente citados o a la dificultad para disponer de determinadas pericias, básicamente de médicos forenses o peritos tasadores... imprescindibles para definir tipicidades o concretar responsabilidades civiles”*.

Es un indicador importante el relativo a las sentencia⁴⁷. Respecto a los términos absolutos, el 2015 se caracterizó por un incremento en el número de sentencias, 160.040 en el caso de los Juzgados de lo Penal y 8.843 en las Audiencias Provinciales. En concreto cabe destacar el hecho de que en el año

2015 se dio un 68% de correspondencia entre las calificaciones elaboradas por Fiscales y el contenido de las sentencias tanto absolutorias como condenatorias dictadas por los distintos Órganos Judiciales, un 1% más que el año anterior. Además, el 60% de las sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal se produjeron en base a la conformidad del acusado y su letrado con la calificación presentada por el Fiscal.

SENTENCIAS CONDENATORIAS

■ CONFORMIDAD ■ SIN CONFORMIDAD



Para finalizar este breve repaso de carácter cuantitativo; en cuanto a las diligencias de investigación, diligencias que el Ministerio Fiscal puede llevar a cabo en virtud del artículo 773.2 de la LECrim⁴⁸ y del artículo 5 de su propio Estatuto Orgánico que

⁴⁷ GARCIA, M (2017). Sentencias Condenatorias. (Gráfico).

⁴⁸ Artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre: “2. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.”

le atribuye funciones de investigación penal, hay que tener en cuenta que ésta sigue siendo una vía inusual como receptora de la “notitia criminis” principalmente por la escasez de medios, aunque la *Instrucción 4/2013 de la Fiscalía General del Estado* aportó un gran avance encaminado a la unidad de criterio. En el pasado año, las diligencias de investigación incoadas ascendieron a 14.191, casi 2.000 menos que en 2014⁴⁹.

2.4.3. Problemática

Las reformas procesales que han tenido lugar recientemente se han limitado casi con exclusividad a dotar de una mayor agilidad el proceso penal previamente al dictado por el juez de la sentencia, persiguiendo así la celeridad en la obtención de una respuesta por parte del órgano judicial pero olvidándose de la fase posterior, fase en la que efectivamente se procede a aplicar las medidas necesarias que materializan la ejecución de la resolución.

Naturaleza y complejidad de las ejecutorias penales

Es importante hacer referencia a la naturaleza y complejidad que revisten las ejecuciones penales, que tienen como primera consecuencia su dilación en el tiempo hasta que tiene lugar el archivo de la causa. La realidad es que, la mayoría de las ejecutorias tendrías que estar archivadas con carácter provisional ya que no implican ninguna actividad procesal, se limitan a esperar el efectivo cumplimiento de la responsabilidad que la concreta resolución recoja. De este modo, podría fijarse óptimamente el número de asuntos pendientes y reales que un Juzgado puede atender, al poder separarse los asuntos que objetivamente están en trámite de aquellos que carecen de actividad y por tanto, no han de ser contabilizados como pendientes. Esta clasificación, que obviamente facilitaría la organización y el trabajo en los Juzgados, sin embargo, carece de aplicación actualmente. Principalmente, se debe a que muchas de las ejecutorias archivadas provisionalmente tendrán que ser reabiertas en algún momento para dar solución a cuestiones puntuales que puedan suscitarse a lo largo de la fase de ejecución.

Sobrecarga de trabajo

Además de lo anterior, y en consonancia con los datos recogidos en el epígrafe superior, el volumen de trabajo que ostentan los Órganos Judiciales y las Fiscalías ha alcanzado en los últimos años unos niveles difícilmente abarcables. El Consejo General del Poder Judicial fijó para los Juzgados con ejecutorias un módulo de entrada de 450

⁴⁹ La Instrucción 4/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre las Diligencias de Investigación.

asuntos, sin embargo, la mayoría de los Juzgados con ejecutorias existentes superan con creces dicho módulo de entrada, de forma que la carga de trabajo que se ha considerado asumible y razonable por parte del CGPJ ha sido claramente rebasada. Lo mismo ocurre con los Juzgados exclusivos de ejecutorias, aun siendo el módulo de entrada notablemente superior (2655 asuntos). Las implicaciones inmediatas de la sobrecarga de trabajo de los Juzgados han sido unas respuestas sin el estudio y la dedicación pertinentes.

Insuficiencia normativa

Ya se ha mencionado a su vez, el importante vacío legal existente, consecuencia inevitable de una falta de adecuación de la legislación vigente a las necesidades que se suscitan en la fase de ejecución. Todo ello unido a la atribución de competencias obrada en las Leyes ha desembocado en un proceso penal que puede llegar a pasar hasta por cuatro órganos judiciales distintos hasta que finalmente se decreta su archivo definitivo.

Falta de medios

Finalmente, otro factor problemático es la falta de medios. Respecto a los medios personales, es obvio que dado el volumen de trabajo existente los Juzgados de lo Penal ocupados de tramitar ejecutorias no cuentan con la plantilla suficiente. Tal afirmación, ha de ser matizada ya que la situación no es uniforme dado que la carga de trabajo con la que cuenta cada Juzgado tampoco lo es. Hay Juzgados inmersos en una situación francamente alarmante por la pendencia desmesurada a la que se enfrentan, por ejemplo, en Tarragona o Alcalá de Henares. En contraste, se pueden encontrar Juzgados cuya situación es óptima por soportar una carga de trabajo muy inferior.

A esta situación se ha hecho frente estableciendo refuerzos en la plantilla, que dadas las necesidades existentes acaban prologándose tanto en el tiempo que finalmente vienen a suponer un incremento de la plantilla de forma encubierta. En cambio, no siempre esta medida da los resultados que de ella se esperan, ya que para llevarla a cabo se suele acudir a funcionarios interinos que no cuentan ni con la formación ni los conocimientos oportunos.

Por otro lado, en cuanto a los medios materiales, las instalaciones en las que suelen estar situados los Juzgados con ejecutorias, ya sea con dedicación exclusiva o no, no suelen ser suficientes por una falta manifiesta de espacio. Pero aún más grave es la insuficiente dotación de equipos informáticos, que además no gozan de una aplicación específica que facilite la tramitación y el trabajo con las ejecutorias penales.⁵⁰

⁵⁰ POZA MARTÍN, Máximo. Magistrado, Inspector Delegado del Servicio de Inspección del CGPJ. *La ejecución penal criterios organizativos de la ejecución penal*. 2016.

2.4.4. Soluciones planteadas por la Fiscalía General del Estado

La *Instrucción 1/2010, de 29 de julio*, pretende fomentar la intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución penal sirviéndose para ello de una agilización en los trámites procesales y de la promoción del cumplimiento íntegro de las resoluciones judiciales, lo cual exige un seguimiento continuado y detallado de esta fase a través de los distintos medios de los que dispone el Ministerio. Esta Instrucción toma como referencia *la Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, en la cual se concede el papel de supervisor de la ejecución al Ministerio Público⁵¹. En concreto, expone que el Ministerio Fiscal *es la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal*, además otorga a dicho Ministerio tanto el deber de instar este procedimiento ante los Tribunales como el de velar por la recepción por parte de las víctimas de ayuda efectiva⁵².

Sin embargo, del análisis realizado sobre el tratamiento que la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la fase de ejecución se desprende que la competencia para hacer efectivas las sentencias corresponde a los Jueces o Tribunales que dictaron la resolución, delegando algunas diligencias en el Letrado de la Administración de Justicia, antiguo Secretario Judicial y se concede cierto protagonismo al Ministerio Fiscal, únicamente en el artículo 988⁵³, relativo a los límites al cumplimiento de la pena. A pesar del papel secundario que esta Ley atribuye al Ministerio Fiscal en la ejecución, las funciones que legalmente le corresponden le dan la cobertura reglamentaria suficiente para intervenir de forma activa en esta fase del proceso, siendo más una obligación propia de sus funciones que un derecho.

Bajo la pretensión de dotar al Ministerio Fiscal de un papel más activo en la ejecución penal, que le permita tener la capacidad suficiente para llevar a cabo un control interno tanto personal como informático sobre esta fase del proceso así como, el instar la ejecución y revestir de una mayor celeridad los trámites que la componen; sería pertinente establecer un conjunto de prácticas que tengan carácter generalizado y gocen del respeto y la apreciación por parte de todos los órganos que forman parte de este Ministerio, alcanzando incluso la figura de las Fiscalías Especiales. Todo ello, haciendo uso a su vez de capacidad organizativa y de los instrumentos de dirección y coordinación que le son propios a la Institución.

La Instrucción objeto de estudio incluye así mismo un catálogo de medidas de carácter organizativo en materia de ejecución cuyo fundamento es paliar el vacío legal existente en lo relativo a la intervención del Fiscal en la ejecución penal. Esta propuesta

⁵¹ Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

⁵² Instrucción 1/2010, de 29 de julio, *Funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales*.

⁵³ Artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 41/2015, de 5 de octubre.

nació bajo el aval de las distintas Fiscalías, como respuesta a las necesidades a las que se enfrentaban, teniendo en cuenta las características y circunstancias que presentan cada una de ellas. El hecho de que cada Fiscalía cuente con un número de personas en plantilla distinto o el número variable de casos que ocupan a cada una de ellas, es la base para desaconsejar un modelo organizativo de ejecutorias uniforme diseñado por la Fiscalía General del Estado para todo el territorio nacional, lo cual no evita la conveniencia de dar forma a una serie de criterios organizativos sin perjuicio de que estos gocen de cierto margen de discrecionalidad con el fin de que cada Fiscalía pueda adecuarlos a sus propias circunstancias.

Consecuentemente, es necesario que el sistema de control de las ejecutorias quede estructurado de modo que se garantice a la ciudadanía un tratamiento uniforme y por supuesto, un seguimiento continuo de la evolución y de los incidentes que pudiesen ocasionarse a lo largo de la fase de ejecución. Con el objetivo de dar respuesta a este requerimiento, resulta aconsejable establecer una distinción entre las Fiscalías en las que sea posible la creación de un despacho especial de ejecutorias y aquellas en las que por sus características tengan que intervenir todos o la gran parte de la plantilla; respetando por supuesto el hecho de que en los procedimientos especialmente complejos o trascendentales por diversos motivos, el control de la ejecución recomendablemente habrá de corresponder al Fiscal que se ocupó del resto de fases del proceso.

Para el primer grupo, es interesante una organización que posibilite la actuación de un mismo Fiscal en el conjunto de ejecutorias competencia de la Fiscalía en cuestión, creando a tal efecto una sección ya sea independiente o vinculada a otra sección ya existente pero en cualquier caso recayendo esta tarea en una persona o conjunto de personas bien identificadas. Esto no tiene por qué implicar una dedicación exclusiva aunque ello no deje de ser recomendable en algunos casos. Para el segundo grupo, en el que la totalidad de la plantilla o gran parte de la misma se verá implicada en la fase de ejecución de los distintos procesos, sería favorable que en la medida de lo posible, al menos, se garantizase que el Fiscal que conozca de la ejecutoria sea el mismo que intervino a lo largo del proceso.

Independientemente de cual sea el modelo organizativo que resulte de aplicación, es conveniente el nombramiento de un Fiscal Coordinador que vele por su correcto funcionamiento, contando incluso con la potestad de supervisión de los dictámenes jurídicos en materia de ejecución elaborados por los distintos Fiscales, además de la capacidad para imponer, previa autorización, una serie de criterios de actuación que sean de aplicación en caso de que surgiesen conflictos por diferencia de pareceres.

Hace referencia además al hecho de que en la actualidad, las Fiscalías Territoriales poseen sistemas informáticos de los que servirse para controlar el desarrollo de una causa y de su ejecución. Se aboga por darle un pleno rendimiento a estas herramientas, procurando por ejemplo, un registro informático completo de las ejecutorias que perte-

nezcan al ámbito territorial competente. Para ello, habría que optar por la designación de personas con las habilidades y la experiencia suficientes en el uso del sistema informático con el fin de registrar la información que incorporan los expedientes.

El óptimo uso de los sistemas informáticos pasa por un registro riguroso y actualizado de todos aquellos hitos procesales que vayan aconteciendo. Proveyendo así, al Ministerio Fiscal de una importante fuente para detectar por ejemplo, posibles dilaciones indebidas o circunstancias irregulares que pudiesen dificultar o impedir el íntegro e inmediato cumplimiento de la sentencia y en consecuencia, instar las acciones oportunas con el objetivo de promover una ejecución de la resolución judicial correcta.

Cabe destacar también lo imprescindible de una buena coordinación interna entre los distintos Fiscales que componen la plantilla, y entre estos y el Fiscal Coordinador, de modo que obrando la debida información y los datos adecuadamente recogidos en el sistema informático, sea posible, cuando fuese necesario, que el Ministerio Fiscal pueda impulsar directamente ante el órgano judicial la incoación y la adopción de medidas que se estimen pertinentes; todo ello con vistas a la consecución “*íntegra e inmediata de la resolución judicial*”.

Ya se ha hecho mención de forma reiterada de cuál es la misión del Ministerio Fiscal, promover la acción de justicia, extendiéndose ésta a la correcta ejecución del fallo de las sentencias; fase que suscita importantes incidentes de distinta índole, yendo desde liquidaciones de condena hasta peticiones de revocación de condenas condicionales e incluso indultos, así como los relacionados con la satisfacción de las responsabilidades civiles y las correspondientes reparaciones a la víctima y demás perjudicados. Aspectos relevantes que habrían de ir acompañados de un examen preciso y detallado⁵⁴.

En este contexto, cabe recordar la *Instrucción 1/2005 relativa a los actos del Ministerio Fiscal* que promulga la inexcusable exigencia de motivación de todos los pronunciamientos que realice la Institución y sus Fiscales. Por lo tanto, tales estudios o dictámenes referentes a la pieza de ejecución correspondiente, habrán de estar debidamente motivados, de forma que ésta resulte acorde a la entidad del acto que sirve de base a la condena recaída en sentencia y sea comprensible.

El Fiscal, a lo largo de la ejecutoria, habrá de vigilar que las incidencias que apareciesen queden resueltas conforme a los dictámenes que hubiese aportado, garantizando la alineación de los mismos con los argumentos expuestos y con las soluciones propuestas. Evitando así la aparición de contradicciones. Además, el Ministerio Fiscal cuando sea requerido por el órgano judicial no ha de limitarse a resolver la petición que le sea planteada sino que tendrá que aprovechar estas oportunidades en las que se le dé traslado de las actuaciones para verificar que el cumplimiento de la sentencia se está haciendo en coherencia con el fallo de la sentencia⁵⁵.

⁵⁴ Memorias de la Fiscalía General del Estado del 2016. Ver enlace en la Webgrafía.

⁵⁵ Instrucción 1/2005 relativa a los actos del Ministerio Fiscal.

En definitiva, y a modo de recapitulación, la actuación de los Fiscales en esta fase procesal ha de estar marcada por la celeridad a la hora de pronunciarse en aquellos aspectos que sean sometidos a su consideración, por el impulso oportuno para la tramitación del procedimiento y por la exclusión de retrasos y paralizaciones.

Por su parte, la *Instrucción 8/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal* aporta la relación existente entre la actuación del Ministerio Fiscal con la protección que ha de otorgarse a las víctimas del delito. Corresponde a esta Institución el deber de velar por la efectiva información a los perjudicados sobre su intervención en el proceso así como las opciones con las que cuentan para obtener una reparación por el daño que se le ha infligido.⁵⁶

En concreto, en la ejecución de las sentencias cuando medie pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil derivada del delito, el Fiscal deberá supervisar el adecuado cumplimiento de la sentencia. Dando así una interpretación extensiva de los artículos 108⁵⁷ y 773⁵⁸ de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* por la que se le atribuye al Ministerio Fiscal la obligación de ejercitar la acción civil, de forma que tal obligación se extiende no sólo a la formulación de las pretensiones oportunas en favor de los perjudicados sino también a velar por el correcto cumplimiento de los pronunciamientos que recaigan en la resolución judicial respecto a estos extremos con el fin de lograr el resarcimiento real del perjuicio ocasionado.

A pesar del trabajo elaborado por las distintas Fiscalías, nada de lo planteado ha sido incorporado en las posteriores reformas de la Ley, ni tampoco se ha hecho especial referencia a ello en la Ley reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

3. EL FISCAL EN LA EJECUCIÓN EN PROCESOS PENALES DE MENORES

3.1 Consideraciones generales

Parece pertinente, en aras de abarcar lo más ampliamente posible el ámbito de actuación del Ministerio Fiscal, tratar la manera en qué se desenvuelven sus miembros cuando los penalmente responsables son menores de edad. La *Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* recoge en su artículo 6 en qué consiste el cometido que se espera desempeñen los Fiscales, siendo por supuesto la pie-

⁵⁶ Instrucción 8/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal.

⁵⁷ Artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables."

⁵⁸ Artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

dra angular del mismo, la defensa de los derechos que las leyes reconocen a los menores. Se amplía expresamente la intervención del Fiscal en esta regulación, haciéndole responsable de velar por las actuaciones que hayan de tener lugar en interés del menor además de asegurar el respeto a las garantías propias del procedimiento⁵⁹. A tal fin, quedarán encargados de dirigir personalmente la investigación de los hechos acaecidos, contando a su vez con la potestad para indicar a la policía judicial la realización de todas aquellas actuaciones y diligencias que estimen oportunas para la demostración de aquéllos y de la posible participación y el grado de la misma, en la que hubiese incurrido el menor, correspondiendo de este modo el impulso del procedimiento al Ministerio Público⁶⁰.

Esta Ley atribuye al Ministerio Fiscal una serie de capacidades que le permiten poner fin al proceso con el objetivo primordial de evitar, en la medida de lo posible, los efectos perjudiciales que pudiesen derivarse del mismo para el menor implicado. En la exposición de motivos de dicha Ley, se plasma de forma explícita, la posición relevante de la que goza este Ministerio, haciendo referencia a las dos condiciones que le avalan para ostentar tal importancia. La primera de ellas se recoge al amparo de la Constitución Española, en la que como ya se ha mencionado con anterioridad, se establece la obligación del Ministerio Fiscal de “*promover la acción de Justicia y la defensa de la legalidad*”. En segundo lugar, el deber de esta institución de velar por los derechos e intereses de los menores le compromete a una participación activa en cada fase del proceso, debiendo estar al corriente del contenido del expediente continuamente, proponiendo pruebas e interviniendo en los actos que impliquen una valoración del interés del menor o de la ejecución de la medida que le haya sido impuesta.⁶¹

3.2. Intervención del Ministerio Fiscal

La fase de ejecución penal propia de esta jurisdicción, de acuerdo con el artículo 43 de la *Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*⁶², ha de estar marcada por el principio de legalidad; de modo que en ningún caso cabrá la ejecución de una resolución sobre la que no haya recaído firmeza, ni será posible la aplicación de las medidas dictadas de forma distinta a la prevista por la Ley o su Reglamento de desarrollo.

⁵⁹ ARIAS GINER, Carmen & PEÑALVER CERRAMALERA, Mar. *Intervención judicial y fiscal con menores infractores. Marco procesal*. Ver enlace en la Webgrafía.

⁶⁰ Artículo 6 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁶¹ Exposición de Motivos de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 72 Artículo 43 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma.

⁶² Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.”

En este contexto, el artículo 44 de la misma Ley⁶³, atribuye al Ministerio Fiscal la capacidad para instar el ejercicio de las funciones que posee el Juez de Menores que dictó la resolución, en virtud de dicho artículo a fin de garantizar el control de la ejecución por parte del mismo, sin perjuicio de que el juez lo pueda llevar a cabo de oficio. En cualquier caso, la ejecución y las decisiones que se tomen respecto a ésta corresponden en última instancia al Juez de Menores que pronunció la sentencia firme que ponía fin al proceso con independencia de que el papel del Fiscal en la jurisdicción de menores sea considerablemente más activo y que su intervención sea preceptiva conforme al artículo 749 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.⁶⁴ Tal intervención consistirá con carácter general en la emisión de informes cuando la Ley así lo prevea.

Entre las facultades del Ministerio está la promoción de ingreso de un menor en una institución como medida correctiva y sancionadora del hecho delictivo cometido por aquél. Cuando se pretenda dicho ingreso, la actuación de este Ministerio habrá de estar marcada por la prudencia y el buen juicio, aunque es cierto que la norma vigente no establece límite expreso alguno a la hora de valorar la pertinencia de elevar una solicitud de ingreso al órgano judicial⁶⁵.

En cambio, existen dos razones relevantes que aconsejan una intervención basada en ambos principios. Por un lado, el número limitado de plazas disponibles en estos centros requieren una labor de coordinación significativa para dar prioridad a aquellos menores que presenten las características óptimas para su entrada. Por otro lado, el respeto al principio de subsidiariedad, cuya implicación inmediata es una evaluación pormenorizada de posibles alternativas, ya que esta medida ha de suponer una excepción, siendo prioritarias otras medidas de prevención.

Hay que tener en cuenta que aunque el Ministerio Fiscal habrá de pronunciarse en un sentido u otro cuando la medida que se pretenda aplicar sea el internamiento de un menor, esto no libera a la Entidad Pública de Protección de Menores del deber que el artículo 46.3 de la Ley⁶⁶ establece y que le convierte en el profesional responsable

⁶³ Artículo 44 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

⁶⁴ Artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.”

⁶⁵ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma. El proceso penal de menores: funciones del Ministerio Fiscal y del juez en la instrucción. Aranzadi, 2007.

⁶⁶ Artículo 46.3 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “3. Recibidos por la entidad pública el testimonio y la liquidación de la medida indicados en el apartado anterior, aquélla designará de forma inmediata un profesional que se responsabilizará de la ejecución de la medida impuesta, y, si ésta fuera de internamiento, designará el centro más adecuado para su ejecución de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso. El traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el in-

de designar el centro que más se adecue a las necesidades y características del menor, velando en todo momento por el interés de éste y evitando en la medida de lo posible el alejamiento excesivo de su entorno familiar y social.

Además, el Ministerio Fiscal en base al artículo 47.5⁶⁷ tendrá que manifestarse, igualmente en interés de menor, a través de un informe previo cuando se pretenda modificar el orden del cumplimiento de las penas establecido en las reglas que el mismo artículo recoge para aquellos casos en los que al menor se le hayan impuesto varias medidas en una misma resolución judicial, o bien, haya estado éste inmerso en distintos procesos y en ellos se le hayan interpuesto distintas medidas.

La Ley de referencia de este apartado faculta a su vez al Ministerio Fiscal, por un lado, para poder acceder a los expedientes personales que la Entidad Pública correspondiente abra al menor, donde obrará toda la información referente a la medida que está siendo objeto de cumplimiento, a las resoluciones que afecten al sujeto, así como toda la documentación que se genere mientras la ejecución esté llevándose a cabo. Por otro lado, el artículo 49 le legitima para ser receptor de los informes en los que la Entidad Pública recoja las medidas, las incidencias que pudiesen suscitarse y la evolución del menor del que se trate⁶⁸. Dicha Entidad podrá incluir en estos informes la solicitud al Ministerio Fiscal para que realice la oportuna revisión judicial de las medidas en aras de asegurar la consonancia de éstas con el artículo 13 de la presente Ley.

No olvidar que la actuación del Ministerio Fiscal estará determinada por el papel de “*superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores*” que le viene atribuida por el artículo 174 del Código Civil⁶⁹. De acuerdo con ello, no sólo habrá de ser infor-

terés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida. En todo caso los menores pertenecientes a una banda, organización o asociación no podrán cumplir la medida impuesta en el mismo centro, debiendo designárseles uno distinto aunque la elección del mismo suponga alejamiento del entorno familiar o social.”

⁶⁷ Artículo 47.5 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁶⁸ Artículo 49 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “1. La entidad pública remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal, con la periodicidad que se establezca reglamentariamente en cada caso y siempre que fuese requerida para ello o la misma entidad lo considerase necesario, informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a las mismas. Dichos informes se remitirán también al letrado del menor si así lo solicitare a la entidad pública competente. 2. En los indicados informes la entidad pública podrá solicitar del Ministerio Fiscal, cuando así lo estime procedente, la revisión judicial de las medidas en el sentido propugnado por el artículo 13.1 de la presente Ley.”

⁶⁹ Artículo 174 del Código Civil: 1. Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección. 2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.

La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe...”.

mado de todo lo ya mencionado con anterioridad sino que además, quedará obligado a la comprobación, al menos cada seis meses, de la situación en la que se encuentra el menor, debiendo promover las medidas que resulten necesarias a consecuencia de ella. Según el testimonio de la Fiscal María Jesús Raimundo, la práctica habitual suele consistir en una entrevista mensual con el menor, desplazándose el Fiscal al centro en el que se encuentre interno en aras de conocer de primera mano el estado en el que éste se encuentra y verificar así, entre otras cosas, que el trato que está recibiendo no sea vejatorio o degradante⁷⁰.

En caso de que el Fiscal apreciase en algún momento pasividad por parte de la Administración, que las medidas que están siendo de aplicación no están dando los resultados esperados o que el tratamiento recibido por el menor no es adecuado, habrá de ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública responsable y si ésta no adoptase ninguna medida correctiva, será pertinente emitir una resolución perfectamente motivada que se incorpore en el expediente de protección de menores conforme a lo previsto en la *Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores*⁷¹.

El conjunto de facultades que el Ministerio Fiscal tiene atribuidas en este ámbito encuentra una acertada justificación en el Preámbulo de la *Ley 26/2015 de protección a la infancia y a la adolescencia* y es que dadas *“Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. A tales efectos, expresamente se le asigna la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública”*⁷²

4. EL MINISTERIO FISCAL EN VIGILANCIA PENITENCIARIA

4.1. Previsiones en el Reglamento Penitenciario

El Reglamento Penitenciario reconoce en su Exposición de Motivos el papel crucial que desempeña el Ministerio Fiscal en el control de la actividad penitenciaria y son numerosas las referencias que se encuentran al mismo a lo largo de su articulado⁷³. Por un lado, se le atribuye la condición de receptor de las quejas y peticiones que los presos

⁷⁰ Fiscal y Letrado del Gabinete Técnico de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, María Jesús Raimundo. Comunicación personal, 22 de Noviembre de 2016.

⁷¹ Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores.

⁷² Preámbulo de la Ley 26/2015 de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷³ Exposición de Motivos del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

formulasen en el ejercicio de sus derechos⁷⁴. El artículo 7 les habilita para acceder a la información de los ficheros informáticos penitenciarios donde obran los datos personales de los reclusos⁷⁵.

Así mismo, el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, habrá de estar informado de aquellos casos en los que las presas sean madres dentro de la prisión y decidan mantener con ellas a sus hijos pudiendo este comprobar la efectiva filiación y si los menores corren peligro ante tal situación, igualmente en caso de que los hijos se encuentren fuera del Centro Penitenciario, las presas podrán solicitar el ingreso de sus hijos en el mismo, siendo preceptiva en cualquiera de estas circunstancias escuchar la opinión del Fiscal y sea cual sea la decisión adoptada por el Consejo de Dirección habrá de serle notificada.⁷⁶

También se prevé que estos Fiscales con carácter especializado estén al tanto de los asuntos que versen sobre la extinción o la suspensión de la pena, por quedar ésta sustituida por una medida de expulsión del territorio al tratarse de reos extranjeros. Respecto a este colectivo, también habrá de estar al corriente de las propuestas de libertad condicional que se manifiesten, debiendo recibir junto a éstas un resumen de la situación penitenciaria del penado además de otras circunstancias como las fechas de cumplimiento⁷⁷.

Esta Fiscalía tendrá que ser notificada a su vez, de cualquier decisión que implique un cambio de clasificación en el tratamiento y la adopción del tercer grado, acompañada tal resolución de un informe preceptivo elaborado por la Junta de Tratamiento, no pudiendo transcurrir más de tres días entre tal decisión y la notificación pertinente. Su conocimiento se extenderá además a los informes que un Equipo multidisciplinar ha de emitir cada cierto tiempo a efectos de control por parte de las Autoridades Judiciales cuando de presos enajenados se trate como se prevé en el artículo 187 del presente Reglamento⁷⁸.

Por último, hacer mención del artículo 232 de este Reglamento⁷⁹ relativo a la postestad disciplinaria, donde se enuncia la necesidad de notificar al Ministerio Fiscal la

⁷⁴ Artículo 4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁷⁵ Artículo 7 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁷⁶ Artículo 17 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁷⁷ Capítulo II, de la libertad y excarcelación de los presos, del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁷⁸ Artículo 187 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el

Reglamento Penitenciario: "1. La peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución. 2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes."

⁷⁹ Artículo 232.4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: "4. Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias."

comisión de cualquier infracción que pudiese constituir delito o simplemente ser objeto de sanción por parte de los internos, sin perjuicio de las diligencias de prevención que hubiese de adoptarse con carácter inmediato.

4.2. Funciones del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria⁸⁰

La *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevé en su artículo 526⁸¹ la necesidad de que un representante del Ministerio Fiscal acompañe a la visita obligada que sobre el Juez Instructor recae con carácter semanal sin que medie previo aviso por las distintas prisiones que bajo su jurisdicción se hallen. Tal visita, como ocurre en la jurisdicción de menores tiene un objetivo humano primordial que se basa en dar cuenta de los testimonios de los reos de los cuales habrá de inferir que el tratamiento recibido es el oportuno, sin incurrir en una vulneración de sus derechos injustificada por parte de las Autoridades a su cargo.

Por otro lado, el artículo 58.2 del *Código Penal* exige la previa audiencia del Ministerio Fiscal cuando se pretenda por parte del Juez Penitenciario, ya sea de oficio o a instancia de parte, el abono del tiempo pasado en un Centro Penitenciario en concepto de prisión provisional⁸². Es preceptivo igualmente escuchar al Fiscal, cuando se vayan a operar modificaciones en el “*régimen general de cumplimiento*” relativos a beneficios penitenciarios consistentes en permisos, tercer grado o cómputo de tiempo para obtener la libertad condicional. Su intervención será necesaria tanto para la concesión de estos beneficios como para su revocación en los supuestos que la *Sección 3ª del Capítulo III del Título III del Código Penal*.

Hacer especial mención a la figura del Fiscal Delegado para Vigilancia Penitenciaria, cuya función principal es la coordinación de los Fiscales intervinientes en el ámbito Penitenciario en aras, fundamentalmente, de conseguir un modelo de actuación unificado, mediante la fijación de una serie de criterios cuya base saldrá de reuniones

⁸⁰ CONDE RUÍZ, Alma María. Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de la Fiscalía Provincial de Madrid. Regulación de las oficinas de asistencia a las víctimas y funciones en la fase de ejecución penitenciaria de la pena conforme a la ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito y el real decreto 1109/2015 de 11 de diciembre. 2016.

⁸¹ Artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este Tribunal, harán la visita el Presidente del mismo o el de la Sala de lo criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del Juez instructor. En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren.”

⁸² Artículo 58.2 del Código Penal: “2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.”

celebradas con los distintos Fiscales territoriales especializados en esta materia y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pero también de unas Jornadas de Fiscalía Penitenciaria que se celebran anualmente y cuyas conclusiones se remiten a las distintas Fiscalías⁸³. En concreto, la de este año ha hecho importantes pronunciamientos que pretenden marcar la actuación de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria sobre todo relativos a la libertad condicional, régimen que había sufrido modificaciones con la entrada en vigor de la LO 1/15, siendo necesaria la concreción en algunos aspectos para conseguir la unidad de actuación perseguida. Han tenido cabida en estas Jornadas otros tres bloques que requerían ciertas directrices y unificación de criterios, son los siguientes: trabajos en beneficio de la comunidad, estatuto de la víctima y la *Ley 23/14 de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales de la UE*⁸⁴.

No obstante, también quedará responsabilizado de entablar y mantener las relaciones con las autoridades administrativas penitenciarias de las distintas CCAA, así como, de elaborar una Memoria Anual que recoja con carácter global lo expuesto en las Memorias elevadas por los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria.

Su ámbito de actuación incluye también propuestas de contenidos o modificaciones para Circulares e Instrucciones al Fiscal General del Estado, y además, colabora y supervisa la resolución de Consultas y los Recursos de Casación que tengan como fundamento la unificación de doctrina en esta materia. Finalmente, se ocupa de hacer saber a las Fiscalías las resoluciones del Tribunal Supremo que den respuesta a recursos cuya preparación haya estado supervisada por las mismas⁸⁵.

CONCLUSIONES

- A pesar del trabajo realizado por los organismos jurídicos europeos en aras de desarrollar normativa que reconozca los derechos necesarios de la víctima para garantizar tanto su protección como su efectiva reparación, no limitándose esta última al pago monetario de la indemnización fijada por el órgano judicial; y aunque muchos de los Estados Miembros han incorporado a sus sistemas judiciales las normas de mínimos emitidos por el poder legislativo europeo, dándoles su particular desarrollo; la realidad es que aún hay que seguir trabajando en dar un papel principal y activo a la víctima en todas las fases del proceso penal, sobre todo en la fase de ejecución, cuando se pretendan hacer efectivas las medidas coercitivas previstas en la sentencia.

⁸³ Funciones del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, ver enlace en la Webgrafía.

⁸⁴ Conclusiones Jornadas de Vigilancia Penitenciaria del año 2015. Ver enlace en la Webgrafía.

⁸⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. Fiscal Jefe de Huelva. Sistematización de criterios de actuación aprobados en jornadas de fiscales especialistas de vigilancia penitenciaria: criterios consolidados de actuación, 2016.

- En España, la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito*, ha procurado dar respuesta a las exigencias provenientes del legislador europeo así como a la reclamación que la sociedad española venía realizando respecto al papel secundario y a la desprotección a la que se enfrentaba la víctima. El objetivo clave de esta Ley es no sólo la efectiva reparación de los damnificados sino también garantizar una minimización de los efectos traumáticos que pudiesen suceder. Además se da una gran importancia al trato respetuoso y humano que se ha de prestar a las víctimas de los delitos. La asignatura pendiente, es la coordinación necesaria entre los poderes públicos, las personas que ocupen puestos de trabajo que impliquen contacto con las víctimas, además de la sociedad en su conjunto. Para la consecución de este objetivo, habrá que seguir elaborando protocolos de actuación y unificando criterios que faciliten la coordinación, sin olvidarse de fomentar la sensibilización con este asunto, a ser posible, de todos los ciudadanos.
- El Ministerio Fiscal, se ha dotado a sí mismo de una nueva organización territorial con el objetivo de adaptarse al modelo territorial por autonomías previsto en nuestra Constitución, pero sobre todo pretendiendo así, llegar con mayor facilidad y en mejores condiciones a la totalidad del territorio nacional. Otra medida de renovación que han adoptado en este Ministerio es la creación de Juntas de Fiscales Superiores de la CCAA, buscando así revestir de coordinación y unidad las actuaciones de los Fiscales. Pero sin duda, el principio que ha sido potenciado con la actualización del Estatuto Orgánico que rige la organización y funcionamiento de este organismo público, es el de especialización, a través de la creación de las Fiscalías Especiales que se ocupan de dar respuesta a las nuevas formas de criminalidad, cada día más presentes en nuestra sociedad.
- La creación de la figura del Fiscal Delegado permite obtener una visión más cercana y específica de la situación que se vive en las distintas provincias españolas, consiguiendo así una batería de propuestas susceptibles de dar una respuesta efectiva a los problemas a los que se enfrentan en cada una de ellas, lo cual repercute en un mejor funcionamiento dotado de una mayor calidad.
- Desde el Ministerio Fiscal reclaman un papel más activo a lo largo de todas las fases del proceso penal, incluida la fase de ejecución. Argumentan su petición en jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos, de la que se desprende que la ejecución es la fase del proceso en la efectivamente se materializan las medidas de sanción adoptadas por el juez en la resolución, resolución que habrá de ser ejecutada en sus propios términos e íntegramente, ya que de lo contrario, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24. 1 de la Constitución Española se vería vulnerado. De acuerdo a la función que constitucional y legalmente le es atribuida al Ministerio Fiscal de promover la acción de justicia y garantizar

los derechos de los ciudadanos, deviene obligatoria su intervención en esta fase procesal.

- La imparcialidad de nuestro sistema judicial ha sido cuestionada a pesar de intervenir a lo largo del proceso dos jueces distintos, el encargado de la instrucción y el encargado del enjuiciamiento, para evitar la concentración en una única persona de ambas responsabilidades por el riesgo de quedar ésta condicionada en su pronunciamiento por lo conocido en las fases previas del procedimiento. Una de las soluciones que más se repite es la de potenciar el papel del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción e investigación, incorporando el sistema americano a nuestro ordenamiento, donde el Fiscal es quien goza de la iniciativa probatoria, además de tener total arbitrariedad para determinar sobre quien recae la acusación y estar marcada su actuación por los intereses políticos del poder político que le concede el cargo. Sin lugar a dudas, se trata de un sistema que con sus luces y sus sombras, difiere tanto a nivel conceptual como fundamental con el implantado en nuestro país, por lo que se revela necesaria una profunda reflexión al respecto.
- Respecto a la relación existente entre el Ministerio Fiscal y las víctimas de delitos, la Fiscalía General del Estado recoge en sus Memorias relativas al año 2015 el descontento de este colectivo con la Ley 4/2015, de 27 de abril, Estatuto de la víctima del delito por no haber dado el reconocimiento oportuno a la actuación de este Ministerio en la protección de las víctimas. Aprovechan a su vez, para recordar la labor de muchos Fiscales y funcionarios de este organismo, altamente comprometidos con las víctimas, con cuyas actuaciones se ha permitido dar respuesta a muchas de ellas. Las Fiscalías tanto Autonómicas como Provinciales de España han hecho grandes avances en esta materia, siendo pioneras la mayoría de ellas en incorporar en su modo de proceder la normativa europea. Iniciativas que a pesar de haber demostrado su eficacia, han sido desaprovechadas por el legislador, optando éste por la atribución desproporcionada de competencias a las Oficinas de Atención a las Víctimas.
- A pesar de las reformas efectuadas en los últimos años, la fase de ejecución sigue enfrentándose a importantes problemas que dificultan su correcto funcionamiento. Problemas como por ejemplo, la sobrecarga de trabajo a la que se enfrentan tanto los Órganos judiciales como las Fiscalías, superando en todo caso los módulos de entrada de asuntos previstos por el Consejo General del Poder Judicial dentro de lo que se considera razonable. Igualmente, es plausible la falta de normativa lo que constituye un vacío legal que implica una actuación marcada por la incertidumbre, así como la falta de medios tanto personales como materiales. Todo ello, unido a la complejidad que les es propia a los expedientes de ejecución y a la dilación en el tiempo que suele acompañarles.
- La *Instrucción 1/2010, de 29 de julio*, en consonancia con lo expuesto anterior-

mente referente a la obligación del Ministerio Fiscal de intervenir en la fase de ejecución del proceso penal por desprenderse así de las funciones que tiene atribuidas, pretende la dotación de un papel más activo para el Ministerio Fiscal en dicha fase procesal, revistiéndole de la capacidad suficiente para ejercer un control sobre ella, para instarla y agilizar los trámites que la componen. Para ello, se prevé un conjunto de medidas de carácter organizativo, además de enunciar la necesidad de establecer un catálogo de buenas prácticas donde se dé unificación al modo de proceder y a los criterios susceptibles de aplicación. En cualquier caso, es imprescindible que la actuación de los Fiscales esté marcada por la celeridad, dando así en la medida de sus posibilidades el oportuno impulso a la tramitación del expediente.

- En la jurisdicción penal de menores, la actuación del Fiscal es considerablemente más activa, quedándoles reservado no sólo el deber de velar por los derechos de los menores sino que además la *Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* le atribuye la investigación de los hechos que hayan tenido lugar, pudiendo dirigirse a la Policía Judicial para indicarles las diligencias o actuaciones que hayan de llevar a cabo en aras de demostrar la implicación del menor en el hecho delictivo, así como el deber de velar por el cumplimiento de todas las garantías del menor y de estar presente en todas las actuaciones que se produzcan y sean de interés de éste. Además, el proceso penal de menores estará regido por el principio de oportunidad, pudiendo el Ministerio Fiscal poner fin al mismo con el objetivo de evitar posibles efectos perjudiciales para el acusado.
- Sin embargo, tras realizar una investigación en profundidad sobre el papel del Ministerio Fiscal en general, y concretamente en la ejecución, sin duda, es el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria el que goza de mayor actividad. El Reglamento de Vigilancia Penitenciaria le hace partícipe de prácticamente cualquier novedad que pueda producirse en torno al preso, no sólo han de ser informados sino que además serán receptores de cualquier queja que el penado quisiese manifestarle, debiendo velar por que el cumplimiento de la condena se haga con absoluto respeto a aquellos derechos que no tienen por qué verse vulnerados durante el tiempo que dure la sanción. Así mismo, para cualquier manifestación del poder disciplinario de los funcionarios de prisiones o del Director la prisión en cuestión, habrá de ser notificada con carácter previo a la adopción de la sanción concreta, sin perjuicio de las actuaciones que hayan de llevarse a cabo inminentemente. Es sólo un ejemplo del papel primordial que el Fiscal juega en esta fase, pudiendo acudir al articulado de dicho Reglamento para ver múltiples alusiones al mismo, desde receptor de información relativa al preso a defensor de los derechos de éste, pasando por su misión característica, la emisión de informes.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Justicia penal, derechos y garantías*. Palestra, 2007.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Marcial Pons, 2016.
- ASENCIO MELLADO, J. María. *Manual Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, 2015.
- BANACLOCHE PALAO, Julio & ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, 2º ed. La Ley, 2011.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Comares, 1996.
- CONDE RUÍZ, Alma María. Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de la Fiscalía Provincial de Madrid. *Regulación de las oficinas de asistencia a las víctimas y funciones en la fase de ejecución penitenciaria de la pena conforme a la ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito y el real decreto 1109/2015 de 11 de diciembre*. 2016.
- DE PAÚL VELASCO, José Manuel. *Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria*. La posición de la víctima y su incidencia en el proceso penal. Novedades legislativas, 2015.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. *Análisis de la mediación y la justicia restaurativa como derecho de las víctimas*. La posición de la víctima y su incidencia en el proceso penal. Novedades Legislativas, 2015.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. Fiscal Jefe de Huelva. *Sistematización de criterios de actuación aprobados en jornadas de fiscales especialistas de vigilancia penitenciaria: criterios consolidados de actuación*, 2016.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. Fiscal Jefe de Huelva. *Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución*. 2015.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma. *El proceso penal de menores: funciones del Ministerio Fiscal y del juez en la instrucción*. Aranzadi, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*, 2º ed. Civitas Thomson Reuters, 2015.
- GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo. Fiscal decano de ejecutorias y vigilancia penitenciaria de Alicante. *La participación de la víctima en la ejecución penitenciaria*. 2016.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales*. Aranzadi, 2004.
- JAÉN VALLEJO, Manuel & PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La reforma procesal penal de 2015*. Dykinson, 2015.
- JIMÉNEZ HURTADO, Antonio José. Letrado de la Administración de Justicia. *Últimas novedades en la ejecución y su adecuación a la práctica forense*. 2015.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Comares, 2002.

- MARTÍN PASTOR, José & ORTELLS RAMOS, Manuel. *El Ministerio fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Real Colegio de España, 2004.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José. *Derecho procesal penal*. Tecnos, 2015.
- MORENO CATENA, V. *Manual Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, 2015.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. *Las visitas penitenciarias*. Jornadas de Especialistas en Vigilancia Penitenciaria, 2015.
- POZA MARTÍN, Máximo. Magistrado, Inspector Delegado del Servicio de Inspección del CGPJ. *La ejecución penal criterios organizativos de la ejecución penal*. 2016.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*, 4º ed., Aranzadi, 2004.
- TAMARIT SUMALLA Josep. *La reparación a la víctima en el derecho penal: estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*. Aranzadi, 1998.
- TAMARIT SUMALLA, Josep. *La reforma de la ejecución penal*. Tirant lo Blanch, 2004.
- TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo. *El fiscal en el nuevo proceso penal: Estatuto orgánico del Ministerio fiscal, reforma 2007*. Comares, 2008.
- VALCARCE LÓPEZ, Marta. *Ley 4/2015, estatuto de la víctima del delito en transposición de la directiva 2012/29 de la EU*. La posición de la víctima y su incidencia en el proceso penal. Novedades Legislativas, 2015.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. *Reforma procesal penal y Ministerio Público*. UNAM, 2014.
- VÁZQUEZ BERDUGO, Isabel. *Protección del menor infractor*. Protección jurídica del menor, 2015.
- VIERA MORANTE, Ernesto J. *Dictámenes escritos del Ministerio Fiscal*. Tirant lo Blanch, 2007.

Webgrafía

- ALISTE SANTOS, Tomás J. *El Ministerio Fiscal en el sistema acusatorio español frente a los 'prosecutors' del 'adversarial system' estadounidense* en UNIRREVISTA: <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/el-ministerio-fiscal-en-el-sistema-acusatorio-espanol-frente-a-los-prosecutors-del-adversarial-system-estadounidense/549201452799/>
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. *Estatuto de la Víctima del Delito. Trascendencia de una Ley*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 3, agosto 2015, ver en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/44.-Ana-Isabel-Blanco.pdf>
- Conclusiones de las jornadas de Vigilancia Penitenciaria del año 2015: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Conclusiones_jornadas_Vigilancia_Penitenciaria_2015.pdf?idFile=cff8f7c3-2aba-4f9b-bd37-2299e9713338
- Consultorio Jurídico: *La víctima en el proceso penal*, ver en: http://www.consultoriojuridico.com/blogs/tags/victima/la_victima_en_proceso_penal

- Derecho Procesal Penal, Universidad de Murcia, ver en: <http://ocw.um.es/cc.juridicas/derecho-procesal/material-de-clase-1/leccion29.derecho-procesalpenal.pdf>
- Ejecución de la Sentencia, ver en: <http://www.monografias.com/trabajos96/ejecucion-sentencia/ejecucionsentencia.shtml>
- Entra en Vigor la Fiscalía General de Justicia Militar: Gral. Jesús López Benítez en FORO JURIDICO REVISTA ESPECIALIZADA: <http://www.forojuridico.org.mx/entra-en-vigor-fiscalia-general-de-justicia-militar/>
- Funciones del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, ver en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/fiscal_especialista/vigilancia_penitenciar/funciones!/ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xplmnzm0vmafgjzoi9ht0cdt2d_dbzcfsczdbzdpdyodtd08jj0nzipulsh0vaz2ep1y!/
- GOMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. Sanidad penitenciaria y tutela judicial del derecho a la salud de los internos. Especial referencia a la atención a la hepatitis C y a la enfermedad mental, octubre 2015, en: <http://www.derechopenitenciario.com/index.asp>
- Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del delito, ver en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_del_Estatuto_de_las_Victimas_del_delito
- Entrevista a la Fiscal Delegada de menores de Baleares, Rosario García. Ver en el siguiente enlace: <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2011/10/16/fiscal-menores-penasduras/712182.html>
- La reforma del Código Penal. Parte General, varios autores, 2015: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html
- La víctima en la fase penitenciaria de ejecución de la pena: una intervención real y efectiva en el proceso penal. Ver en el siguiente enlace: <http://www.funvic.org/victimologia.pdf>
- ARIAS GINER, Carmen & PEÑALVER CERRAMALERA, Mar. *Intervención judicial y fiscal con menores infractores. Marco procesal*. Ver en el siguiente enlace: <http://www.dip-alicante.es/agis/documents/primeropenalssp.pdf>
- MARTÍN RÍOS, María del Pilar. *La reparación a las víctimas por parte del Estado: análisis del caso español*. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, vol II, N.3, ver en: http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_delpilar_2008-03.pdf
- MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgorino. *Respuesta Jurídica y Social a la Víctima del Delito* en libros y revistas: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/concepto-juridico-legal-victima-637501621>
- MARTÍNEZ LÁZARO, Javier. Vocal del Consejo General del Poder Judicial. *La ejecución de las sentencias penales*. Ver en: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/Tema-sInteres/Laejecuciondelassentencias penales.pdf>

- MICAP, Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, Derecho Penitenciario, ver en: <http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=1415>
- MICAP, Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, Derecho Penitenciario, ver en: <http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=48>
- NOGUEIRAS MARTÍN, Ana & GIMENO VIDAL, Robert. *De la “Mediación y la reparación a la víctima” a la “Prevención”* en Revista de Educación Social, 2012. Ver en el siguiente enlace: http://www.eduso.net/res/pdf/15/medi_res_15.pdf
- VELÁZQUEZ GONZÁLEZ, Luis. *Incertidumbres sobre el Estatuto de la Víctima del Delito* en ABOGACÍA ESPAÑOLA CONSEJO GENERAL: <http://www.abogacia.es/2015/12/03/incertidumbres-sobre-el-estatuto-de-lavictima-del-delito/>
- La Fiscalía General del Estado ordena potenciar el papel del Ministerio Público en la ejecución de los procesos penales. Asociación Libre de Abogados y Abogadas, ver en: <http://ala.org.es/la-fiscalia-general-del-estado-ordenapotenciar-el-papel-del-ministerio-publico-en-la-ejecucion-de-los-procesospenales/>
- FISCAL PÉREZ MARTÍNEZ, *intervención del ministerio fiscal en la ejecución, especial referencia a la ejecución de familia, incapacidades y derechos fundamentales*. Ver en: http://www.cejmjusticia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/ejecucion_civil/Ponencia_fiscal_Perez_Martinez.pdf
- NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. *Ejecución de la pena privativa de libertad* en LIBROS Y REVISTAS: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presupuestos-naturaleza-ejecucion-penal-278774>
- Administración de Justicia en Euskadi, ver en el siguiente enlace: <http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Ddocumentos-195-SAVhttp://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Ddocumentos-195-SAV-presentacion.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290509507432&ssbinary=truepresentacion.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290509507432&ssbinary=true>
- Memorias de la Fiscalía General del Estado: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html

Capítulo V

LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN

Sara González Pérez

1. LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN

La participación de la víctima en las fases de instrucción y enjuiciamiento, mediante personación como acusación particular, es algo característico del ordenamiento jurídico español. En los países de nuestro entorno únicamente se admite la intervención en el proceso, junto al Ministerio Público, a los perjudicados civiles –como es el caso de Italia, Francia y Portugal–, mediante adhesión, supeditada por lo tanto a la intervención del Ministerio Fiscal –en Alemania–, o como participación subsidiaria por desistimiento- Austria¹.

Sin embargo, la intervención en la fase de ejecución ha estado tradicionalmente limitada al Ministerio Fiscal y al condenado, además de a los Juzgados y Tribunales sentenciadores, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y la Administración Penitenciaria, con algunas excepciones relativas a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, para las cuales ya se tenía en cuenta la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito². De esta manera, la víctima personada seguía siendo parte y tenía legitimación para ser oída por el Juez o Tribunal sentenciador, mientras que la víctima no personada tenía el derecho a ser oída en la suspensión de las penas en delitos privados o semipúblicos, es decir; aquellos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido.

Frente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, las víctimas no tenían legitimación para interponer recursos, en cuanto esta estaba limitada por la LOGP al penado o liberado condicional y al Ministerio Fiscal.

La posición de la víctima en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad ha sufrido grandes cambios en los últimos años, fundamentalmente debido a la Ley 4/2015

¹ Vid. Consejo General del Poder Judicial: Voto Particular al Informe al Anteproyecto de Estatuto de la Víctima del Delito

² Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución. *Curso de formación continua de fiscales*, CEJ, p. 3-16.

del Estatuto Jurídico de la Víctima de Delitos –derivada de la Directiva 2012/20/UE– y a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal.

1.1. La Directiva 2012/20/UE y su trasposición al ordenamiento jurídico español

Los años ochenta marcaron el inicio de una creciente preocupación por los derechos de las víctimas y su protección dentro de los procesos penales en la Unión Europea, lo que vino acompañado de un impulso de la normativa comunitaria para armonizar estos derechos dentro de los estados miembros. Los esfuerzos del legislador europeo culminaron con la aprobación de la Directiva 2012/20/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos (“la Directiva”), y que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal³.

Este texto legal tiene su base normativa en el artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), que por primera vez atribuye de forma expresa “una competencia a las instituciones para establecer normas mínimas en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en la medida en que ello sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, y la cooperación judicial y policial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”⁴. Lo que se pretende, por lo tanto, es homogeneizar las bases de actuación de los Estados miembros para proteger a cualquier persona física que haya sido víctima de un delito cometido dentro de la Unión Europea.

La incorporación de las disposiciones de la Directiva al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro no se ha llevado a cabo de manera uniforme, no solo a nivel temporal sino también formal. Mientras algunos países- como Alemania e Inglaterra- sólo han tenido que efectuar modificaciones menores de su legislación, porque esta incorporaba ya la mayoría de las previsiones de la Directiva, otros países- como Finlandia, Francia, Italia, Portugal y España- aprobaron en 2015 leyes autónomas transponiendo la Directiva, y respetando su contenido casi por completo⁵. La norma que transpone la Directiva al ordenamiento jurídico español es la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (“LEVID” o “el Estatuto”).

³ Vid. GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J.: El nuevo Estatuto de las Víctimas del Delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho Penal y Criminología*, 2016, p. 2

⁴ Vid. BLAZQUEZ PEINADO, M^a. D.: La Directiva 2012/29/UE, ¿un paso adelante en materia de protección de las víctimas Unión Europea? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, Madrid, 2013, p. 20.

⁵ Vid. WHITE AND CASE, WILMERHALE, CARMEN PARDO-VALCARCE FOUNDATION & THOMSON REUTERS FOUNDATION: *Comparative legal research: Rights and Protection of Vulnerable Victims in Criminal Proceedings*, 30th March 2017. p. 91

Cabe destacar que el marco normativo existente en España hasta la fecha de aprobación del Estatuto se caracterizaba, como reconoce en su preámbulo, por su carácter fragmentado, garante de derechos exclusivamente procesales y centrado en colectivos concretos, como son; la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Por lo tanto, el legislador español aprovechó la redacción de la LEVID para aglutinar en un solo texto legal el catálogo de derechos procesales y extraprocesales de las víctimas de delitos.

1.2. El concepto de víctima de la Ley 4/2015

Una vez analizada la trasposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español resulta conveniente, a efectos del estudio a realizar, tomar como punto de partida el concepto de víctima al que alude el Estatuto, que se caracteriza por su amplitud; según el art. 1 se aplica “a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal”. Además, es muy similar al que desarrolla la Directiva, ya que comprende no solo a las víctimas directas, sino también a las víctimas indirectas, como familiares o asimilados, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado⁶. Esta distinción viene desarrollada en el art. 2 de la Ley, que establece el ámbito subjetivo de aplicación de la misma.

En primer lugar, se considera víctima directa a “toda persona física⁷ que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”.

Por otra parte, el concepto de víctima indirecta fue desarrollado por la victimología en torno a un fenómeno conocido como victimización refleja, que hace referencia a los daños de carácter psíquico, emocional, económico o de otra índole “sufridos como consecuencia de la victimización de una persona allegada”⁸. Por este motivo, en los casos de

⁶ Vid. Preámbulo Estatuto Jurídico de la Víctima de Delitos (ap. III)

⁷ Quedan excluidas, por lo tanto, del concepto de víctima- tanto directa como indirecta- a efectos de la LEVID, las personas jurídicas, la comunidad, el *nasciturus* o animales (vid. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M.: *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*. Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2015, p. 41.)

⁸ *Ibidem*

muerte o desaparición⁹ de una persona causada directamente por un delito, la LEVID extiende el concepto de víctima a los siguientes: “el cónyuge no separado legalmente o de hecho y los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar”, siempre que no hayan sido responsables del hecho delictivo. En caso de no existir los anteriores, será de aplicación a “los demás parientes en línea recta y sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”.

Las disposiciones de la LEVID nunca serán aplicables “a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito¹⁰”.

1.3. Mecanismos de participación de la víctima en la fase de ejecución; el artículo 13 de la Ley 4/2015

En el Título II de la LEVID se reconoce a las víctimas su derecho a participar en el proceso penal, incluyendo también una referencia a las víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la UE. A grandes rasgos, este derecho se compone de los siguientes: participación activa a lo largo del proceso, comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la propia víctima, participación en la ejecución –en el cual se centra este estudio–, reembolso de gastos, servicios de justicia restaurativa y gratuita y devolución de bienes.

El derecho de las víctimas a participar en la ejecución de la sentencia condenatoria es sin duda una de las novedades más importantes introducidas por la LEVID, al no estar contemplada en la Directiva 2012/29/UE. La única referencia a esta materia se encuentra en el artículo 6 de la Directiva, en el que se establece la obligación de los Estados miembros de notificar a las víctimas de la fuga o puesta en libertad de quien les haya infringido el daño, así como de las medidas concretas que se tomen

⁹ La LEVID equipara los conceptos de muerte o desaparición de una persona, mientras que la Directiva hace alusión únicamente a su fallecimiento. De acuerdo con YOLDI MUÑOZ, esta mayor amplitud tiene como causa probable la ratificación por parte de España del Convenio de las Naciones Unidas de Desapariciones Forzadas, traspuesto al ordenamiento jurídico español en febrero de 2011.

¹⁰ El hecho de que la LEVID e refiera tanto a víctimas directas como indirectas tomando como referencia la comisión de un hecho delictivo, y no simplemente a la comisión de un hecho jurídicamente considerado como infracción- como establece la Directiva- carece de relevancia tras la suspensión de las faltas llevada a cabo en la LO 1/2015 de reforma del CP.

para su protección en dichas situaciones, como mínimo en aquellos casos en los que haya un peligro o riesgo concreto de daño para las mismas¹¹. No obstante, como se ha expuesto anteriormente, como normativa derivada de la Unión Europea al amparo del art. 82.2 del TFUE, la Directiva establece únicamente una norma de mínimos con el fin de homogeneizar los derechos procesales de las víctimas en los procesos penales. Por lo tanto, en aras de proporcionar un nivel de protección más elevado, estos derechos procesales son susceptibles de ser ampliados por la normativa interna de cada Estado miembro¹².

Es precisamente este el objetivo que se plasma en la LEVID; “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas”, incorporando las demandas y necesidades de la sociedad española. Mediante esta regulación, además, el legislador español se convierte en el único del entorno europeo en contemplar la participación de la víctima en la ejecución penal al transponer la directiva al ordenamiento jurídico interno. Otros países vecinos, como mucho, “reconocen un derecho de participación activa en la fase de ejecución a las víctimas personadas, o simplemente les atribuyen un derecho de audiencia en relación con las medidas que se adopten en dicha fase¹³”. La carencia de una regulación similar de la participación de la víctima en la ejecución en estos países resulta sin embargo coherente con un hecho al que se ha hecho referencia con anterioridad: la ausencia o limitación de la participación activa de la víctima a lo largo del proceso declarativo.

Fuera de la Unión Europea, no pueden pasarse por alto los derechos de participación de las víctimas en la ejecución de la pena en Estados Unidos, referente en materia en derecho comparado. Si bien en este país, al igual que en el resto de países que aplican *common law*, la víctima no se persona como parte procesal, sino que su papel suele quedar limitado al de testigo, los movimientos a favor de los derechos de las víctimas lucharon por conseguir un aumento de la intervención de la víctima no solo en la fase de ejecución, sino en todo en el proceso penal, lo que culminó con el *Final Report* de la *President's Task Force on Victims of Crime* en 1982¹⁴. Como consecuencia, actualmente treinta y tres estados han incorporado los derechos de las víctimas a sus constituciones, y los legisladores

¹¹ Vid. DE HOYOS SANCHO, M: Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, 2014 p. 44

¹² No obstante, como se analizará posteriormente, algunos sectores de la doctrina se han mostrado contrarios a la regulación realizada por el legislador español, por exceder lo dispuesto en la Directiva.

¹³ Vid. Consejo de Estado, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito.

¹⁴ El objetivo de la *Task Force* era realizar un estudio de los derechos de las víctimas para crear programas y políticas de actuación efectivas, a la vez que hacer recomendaciones al Presidente y al Fiscal General sobre cómo mejorar su asistencia y protección. Entre las conclusiones del estudio se encuentran la falta de compensación y servicios de atención a la víctima, y el desequilibrio de derechos entre víctima y delincuente.

han promulgado más de 27.000 estatutos sobre las víctimas¹⁵, aunque todavía no se ha conseguido una modificación de la Constitución, que como se ha indicado en el capítulo anterior no hace mención a estos derechos.

Concretamente, en lo que se refiere a la fase de ejecución de las penas, la intervención de las víctimas se manifiesta en los *parole hearing*, las audiencias encaminadas a decidir si un interno debe ser o no puesto en libertad condicional. Si bien el derecho de la víctima a ser oída en este trámite ya estaba reconocido en algunos estados, este se extendió considerablemente gracias las recomendaciones efectuadas por *Final Report*, que en un primer momento proponía suprimir este trámite y adoptar un sistema en el cual la pena impuesta fuese igual a la pena cumplida¹⁶.

Ante la negativa a adoptar esta propuesta, el *Final Report* introdujo dos sugerencias fundamentales. En primer lugar, la *Task Force* consideró que el interés del interno y de la junta de mantener en secreto la audiencia debía, para conseguir cierto equilibrio, ofrecer alguna vía para atender a las preocupaciones de las víctimas respecto a su propia seguridad e integridad en el sistema; por lo tanto, recomendó la apertura de las audiencias de libertad condicional, que tradicionalmente eran cerradas- sólo seis Estados preveían audiencias abiertas. En segundo lugar, la *Task Force* recomendó que se permitiese a las víctimas y a sus familias acudir a las mismas, para dar a conocer el impacto producido por el delito¹⁷. Actualmente, en sus previsiones constitucionales, todos los Estados permiten la audiencia a las víctimas en los *parole hearing*, bien sea de manera oral, escrita o de ambas.

1.3.1. Participación directa: los recursos contra autos dictados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria

a) Legitimación y ámbito objetivo

El artículo 13.1 de la LEVID permite a las víctimas, previa solicitud de ser notificadas de acuerdo con la letra m) del artículo 5.1¹⁸, impugnar las siguientes resoluciones dictadas en la fase de ejecución, aunque no hayan sido parte previamente en la causa pena:

¹⁵ VICTIM'S COMMITTEE, CRIMINAL JUSTICE SECTION, AMERICAN BAR ASSOCIATION: *The victim in the criminal justice system*, June 2006.

¹⁶ A nivel federal, la libertad condicional si fue abolida, siendo sustituida en 1984 por la libertad vigilada (*Supervised Released*), siendo la principal diferencia entre ambas que la libertad vigilada empieza una vez ha concluido la condena de prisión, y no en sustitución de una parte de ella. No obstante, el derecho de las víctimas a ser oídas será asimismo aplicable para su imposición.

¹⁷ Vid. TOBOLOWSKY *et al.*: *Crime Victim Rights and Remedies*, North Carolina, EEUU, 2016.

¹⁸ Para ello, el art. 5.1 prevé que "la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad".

- 1º) *El auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que levante el periodo de seguridad, permitiendo la clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, de acuerdo con el artículo 36.2 del CP*¹⁹, en los delitos de homicidio, de aborto del 144 del CP, lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo con violencia o intimidación, terrorismo y trata de seres humanos. Como recuerda RENART GARCÍA²⁰, hay que diferenciar entre el auto mediante el cual se permite la clasificación en tercer grado antes de que se haya extinguido la mitad de la pena impuesta, y la clasificación en tercer grado *per se*. El primero es facultad discrecional del Juez de Vigilancia Penitenciaria, y susceptible de ser impugnado por la víctima por vía de este recurso; la segunda es competencia exclusiva del Centro Directivo.
- 2º) *El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, de acuerdo con el artículo 78.3 CP*²¹, *que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de las penas para la libertad condicional se refieran al límite del cumplimiento de condena*, y no a la suma de las penas impuestas, en los delitos anteriores o en delitos cometidos por una organización o grupo criminal. La posibilidad de las víctimas de interponer recurso contra los dos autos comentados anteriormente complementa la obligación del Juez de Vigilancia Penitenciaria- impuesta por los arts. 36.2 y 78.2 del CP- de dar audiencia al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y a las demás partes previa adopción de cualquiera de las dos decisiones. Se exige además, en ambos casos, un “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador”.
- 3º) *El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional*, para los delitos mencionados en el primer apartado, además de los del segundo párrafo del artículo 36.2 del CP- delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años del art. 183 y delitos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores-, cuando la pena impuesta supere los cinco años de prisión. Esto nos recuerda a la intervención de la vícti-

¹⁹ El art. 36 del CP establece que, Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. No obstante, el JVP podrá ordenar que se aplique el régimen general de cumplimiento.

²⁰ Vid. RENART GARCÍA, F.: Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 1-14, 2015. p. 23.

²¹ Debería referirse al artículo 78.2 del CP, ya que el 78.3 fue suprimido con la LO 1/2015 de reforma del Código Penal (*Ibidem*, p. 30.)

ma en los *parole hearings* estadounidenses, con la diferencia de que en nuestro ordenamiento jurídico la víctima no ostenta un simple derecho a ser oída, sino que se posiciona como parte procesal interponiendo un recurso contra el órgano competente para resolver.

En relación a este apartado, coincido con la opinión de que, una vez regulado este recurso contra el auto por el que se concede la libertad condicional, lo razonable habría sido permitir también una participación activa de la víctima en lo que refiere la progresión al tercer grado de tratamiento²², en cuanto es un salto cualitativo muy grande para el interno, por establecer un régimen de semilibertad.

Por último, en lo que respeta a la legitimación para interponer los recursos contra los tres autos arriba indicados y al objeto de los mismos, es necesario hacer dos puntualizaciones.

En primer lugar, la legitimación otorgada a las víctimas no personadas ha sido bastante criticada²³, al considerarse que este derecho debería estar reservado en todo caso a quienes se hayan personado en el proceso. El razonamiento seguido es que, desde el primer contacto con las autoridades, antes incluso de presentar la denuncia, las víctimas tienen derecho a solicitar ser notificadas, por lo que resultaría ilógico que se tomase la decisión de no personarse como parte en el proceso, pero sí solicitase ser informada de manera puntual sobre el desarrollo de la ejecución. Desde mi punto de vista, esta opinión está relacionada con teorías que respaldan la falta de interés de la víctima en la ejecución de las penas, lo cual será rebatido más adelante.

En segundo lugar, algunos autores se cuestionan la conveniencia de limitar estos recursos a un listado de delitos concretos –*numerus clausus*– así como su referencia a capítulos legales o a bienes genéricos, lo que puede generar dudas interpretativas. En este sentido, GÓMEZ COLOMER²⁴ destaca la ausencia expresa de los delitos de violencia de género- “salvo que se considere que están incluidos en los de homicidio, lesiones o contra la libertad sexual”- así como otros delitos con gran repercusión en la actualidad, como la conducción bajo los efectos del alcohol o sustancias psicotrópicas o delitos de fraude bancario²⁵. Por otra parte, también llama la atención sobre la falta de concordancia entre el listado de delitos del art. 13.1.a) y el listado del art. 23.2.b), relativo a las víctimas con necesidades especiales de protección, lo que resulta confuso en cuanto supone medir la gravedad del hecho y los perjuicios causados de acuerdo con patrones diferentes.

²² Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria. *Diario La Ley*, n.8619, Sección Doctrina, de 6 de octubre, 2015. En la misma línea, el Informe del MF al Anteproyecto.

²³ Por ejemplo, el Consejo de Estado y el CGPJ, en sus respectivos informes sobre el Anteproyecto.

²⁴ Vid. en GÓMEZ COLOMER, J.L.: Los aspectos esenciales en el proyectado Estatuto de la Víctima... op. CIT.

²⁵ En este sentido, algunos autores denuncian que el listado de delitos final ha sido resultado de las presiones ejercidas por determinadas asociaciones de víctimas, principalmente las de terrorismo.

b) Postulación, plazo y efectos de los recursos

Para impugnar cualquiera de estos autos, el artículo 13 de la LEVID establece que la víctima debe anunciar al Letrado de la Administración de Justicia su voluntad de recurrir- para lo cual no es preceptiva asistencia letrada- en un plazo de cinco días, contados desde la notificación. El plazo máximo para interponer el recurso- para la cual sí será necesaria dicha asistencia- es de quince días desde dicha notificación.

Además, antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley.

Los recursos a interponer contra estas resoluciones se encuentran regulados en la disposición adicional quinta de la LOPJ y en la LECrim. Contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria se puede interponer recurso de reforma. Además, se puede interponer recurso de apelación y queja- de haber sido denegada la admisión del anterior- contra las resoluciones en materia de ejecución de penas y régimen penitenciario²⁶; el primero se interpondrá ante el tribunal sentenciador y el segundo ante la Audiencia Provincial correspondiente.

En cuanto a los efectos de los recursos, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, estos sólo producirán efectos suspensivos cuando así lo prevea la Ley²⁷. El problema surge en cuanto el texto de la LEVID no se pronuncia acerca de los efectos producidos por la impugnación de las víctimas de resoluciones del Juez de Vigilancia penitenciaria. Además, si bien el apartado 5 de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ otorga efecto suspensivo a los recursos de apelación referidos a la clasificación de penados o la concesión de la libertad condicional que puedan dar lugar a la excarcelación de un condenado por delito grave, debe recordarse que este mismo precepto únicamente otorga legitimación para recurrir al Ministerio Fiscal y al acusado o liberado condicional.

De acuerdo con PLASENCIA DOMINGUEZ²⁸, dos soluciones son posibles: o bien entender que la voluntad del legislador ha sido no dar efecto suspensivo a los recursos interpuestos por las víctimas- al no haberlo previsto expresamente ni haber modificado la Disposición Adicional quinta de la LOPJ- o bien entender que la men-

²⁶ Excepto cuando se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resoluciones administrativas que no se refieran a la clasificación del penado.

²⁷ Art. 766.1 LECrim: “*Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento*”. En el mismo sentido, el art. 217 de la LECrim establece que: “*El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de instrucción. El de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente*”.

²⁸ Vid. PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N.: Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Diario La Ley*, n.8683, de 18 de enero, 2016.p. 9.

cionada Disposición queda integrada dentro del artículo 13 de la LEVID, y que por tanto los recursos interpuestos por las víctimas tienen efectivamente efecto suspensivo²⁹. Tanto esta autora como los vocales del COGPJ que suscribieron el voto particular, consideran la primera como la solución más acertada.

No obstante, no creo que deba perderse de vista la finalidad que busca el legislador al otorgar efecto suspensivo a los recursos contra las resoluciones que puedan dar lugar a la excarcelación del interno, que no es otra que evitar la puesta en libertad de los penados antes de la resolución del mismo. Quienes se entiende que podrían interponer un recurso en este sentido son tanto el Ministerio Fiscal como en virtud del artículo 13.1.c) de la LEVID- la víctima. Por lo tanto sería lógico que este recurso tuviese el mismo efecto, en este caso suspensivo, al estar ambas partes igualmente legitimadas para interponerlo.

El problema que surge respecto a esta solución se encuentra en que, como se menciona en el capítulo anterior, la ejecución no está informada por los mismos principios que la fase de declaración, esto es, igualdad y contradicción, sino que adopta forma inquisitiva. De esta manera, antes de la introducción de la LEVID en el ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional³⁰ venía defendiendo la ausencia del lesión del principio de igualdad de no incluir a la víctima en el sistema de recursos de la Disposición Adicional 5ª de la LOPG, en base a que esta goza, en la fase de ejecución, de una posición diferenciada a la del Ministerio Fiscal. Esta desigualdad vendría motivada por la distinta función que ambos desempeñan en la ejecución- “interés de parte en la acusación particular y vigilancia del principio de legalidad en el Fiscal”.

Desde mi punto de vista, sin embargo, esta desigualdad siempre ha venido analizada desde una total falta de intervención de la víctima en la fase de ejecución; intervención que estaba reservada al Ministerio Fiscal y al condenado. Por lo tanto, una vez que se ha abierto la puerta a que la víctima participe en esta fase, debería permitírsele ejercer sus derechos en las mismas condiciones que el resto de los partícipes, máxime si su participación se realiza en igual sentido. En este supuesto concreto, esto supondría negar el efecto suspensivo general de los recursos interpuestos por las víctimas, con la excepción de aquellos que se refieran a la puesta en libertad de penados por delitos graves, en cuanto, como se ha recalado previamente, la finalidad que cumple el recurso es idéntica tanto si es interpuesto por la víctima como si es interpuesto por el Ministerio Fiscal.

1.3.2. Participación indirecta: otras formas de intervención

Además de los recursos contra las resoluciones antes mencionadas, el artículo 13.2 de la LEVID también legitima a las víctimas para solicitar que se impongan al libera-

²⁹ En este caso, concluye la autora que sería necesario que “el Juez de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie expresamente sobre si admite recurso en uno o dos efectos”.

³⁰ Tribunal Constitucional; ATC 373/1989

do condicional alguna de las medidas contempladas por ley a efectos de garantizar su seguridad en supuestos de peligrosidad, así como para facilitar al Juez o Tribunal información relevante para resolver sobre la ejecución de las penas, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que se hubiese acordado.

La posibilidad de proporcionar información relevante para la ejecución de las penas afecta a aspectos tan relevantes para la víctima como lo son la toma de decisión sobre la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, o al condicionamiento de dicha suspensión³¹, que como bien indica el Ministerio Fiscal pueden llegar a determinar que no se cumpla la pena privativa de libertad. A pesar de su importancia, no parece que el Estatuto haya sido capaz de otorgar a las víctimas facultades de intervención suficientes a este efecto, quizá por ser competente el tribunal sentenciador y no el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En esta línea, Consejo Fiscal proponía en su informe que las resoluciones relativas a la sustitución y la suspensión de las penas fuesen notificadas a las víctimas con objeto de que puedan ser impugnadas de igual manera que las resoluciones a las que se refiere el artículo 13.1 de la LEVID³².

Además, esta posibilidad de las víctimas de proporcionar información al juez presenta cierto paralelismo con los *Victim Impact Statements* norteamericanos, que permiten a las víctimas describir el impacto físico, emocional o psicológico causado por el delito para ayudar al juez a determinar la pena a imponer- aunque también puede ser útil para que el *parole board* decida sobre la conveniencia o no de la puesta en libertad del interno, en los términos antes mencionados. Este derecho sufrió igualmente una expansión importante gracias al *Final Report* de la *President's Task Force on Victims of Crime*³³.

El contenido de las *Victim Impact Statements* puede incluir una descripción del daño físico, emocional y económico producido por el delito, el tratamiento médico o psicológico al que ha tenido que someterse, la necesidad de restitución y, en algunos estados, la opinión de la víctima acerca del agresor o la adecuación de la sentencia³⁴.

Al igual que la participación de la víctima en los *parole hearings*, la intervención no está reservada en exclusiva a la víctima, sino que también pueden participar sus familiares o incluso su tutor legal. Asimismo, dependiendo del estado, los *Victims Impact Statements* podrán o no realizarse de manera oral, aunque en algunos estados se permite que se haga incluso por medio de dispositivos de video y de audio³⁵.

³¹ Regulados, respectivamente, en los arts. 80 y 83 del CP. Vid. TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. (2015). *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*. Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2015 pág. 137.

³² En esta línea DE HOYOS SANCHO, M.: Reflexiones sobre la Directiva..., op. cit, p. 48 y GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, 2015, p. 15 y El nuevo estatuto de las víctimas...op. cit. p. 52

³³ Vid. TOBOLOWSKY et al.: *Crime Victim Rights and Remedies*, North Carolina, EEUU, 2016.

³⁴ Vid. Victim Impact Statement, en <https://victimsofcrime.org/help-for-crime-victims/get-help-bulletins-for-crime-victims/victim-impact-statements>

³⁵ Vid. TOBOLOWSKY et al.: *Crime Victim Rights and Remedies*, North Carolina, EEUU, 2016.

La principal diferencia entre estas previsiones y la facultad de aportar información introducida por la LEVID es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la información se presenta por escrito y no pretende influir en la cuantía de la pena, que ya ha sido determinada en la sentencia, sino tener incidencia en materia de beneficios penitenciarios³⁶.

1.3.3. *La división de la doctrina*

Dada la gran innovación que ha supuesto el art. 13 del Estatuto Jurídico de la Víctima de Delitos para el ordenamiento jurídico español, no es de extrañar que este haya sido un precepto controvertido, no exento de críticas por ciertos sectores de la doctrina³⁷. De la misma manera, organismos como el Consejo de Estado o algunos integrantes del Consejo General del Poder Judicial³⁸- mediante informe preceptivo previo el primero y emisión de voto particular los segundos-, manifestaron su desacuerdo con algunos aspectos clave de la nueva regulación del papel de la víctima en la ejecución penal.

El principal reproche que se hace al artículo 13 de la LEVID es su incompatibilidad con las funciones de las penas privativas de libertad establecidas en los artículos 25.2 de la CE y 1 de la LOGP, a saber: la reeducación y la reinserción social. De la lectura de estos dos preceptos se extrae que la finalidad que sigue la pena en nuestro ordenamiento jurídico es de *prevención especial*, ya que busca que el responsable del delito no vuelva a delinquir; que asuma su responsabilidad no sólo en relación a la víctima, sino también para con la sociedad³⁹. No obstante, para algunos autores, como DE PAUL, la articulación de un sistema de recursos para la víctima en la fase de ejecución supone inclinar las funciones de la pena hacia una vertiente más *retribucionista*, centrada en el castigo de ofensor, lo que interferiría, por lo tanto, en el interés público del conjunto de la sociedad, que se ve favorecida por la reinserción. Por este motivo, existe un temor generalizado a que la concesión de beneficios penitenciarios y libertad condicional se vean entorpecidos por la participación de la víctima en esta fase del proceso⁴⁰, así como de que produzca una pérdida de eficiencia del sistema de recursos asociada a “una sobrecarga de los órganos judiciales”⁴¹.

³⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L.: Los aspectos esenciales en el proyectado Estatuto de la Víctima. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* 37, ISSN 1575-4022, 2015

³⁷ NATIVIDAD PLASENCIA, YOLDI MUÑOZ y MANZANARES SAMANIEGO, entre otros.

³⁸ El Consejo Fiscal y el CGPJ parecen tener una opinión más favorable sobre el texto legal, aunque también hicieron propuestas de mejora.

³⁹ NISTAL BURÓN: La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario. *Diario La Ley* nº 8555, Sección Tribuna, 5 de junio, 2015, p. 6.

⁴⁰ Por ejemplo, para CASTAÑÓN ÁLVAREZ “la simple presencia de la víctima y sus pretensiones puede contaminar al órgano decisor”.

⁴¹ Especial preocupación al respecto muestra el CGPJ en su informe, pág. 37.

Y es que para algunos autores⁴² e instituciones⁴³, el interés de la víctima termina con la sentencia, por lo que su participación *a posteriori* en nada modifica su situación. Se parte de la idea de que el *ius puniendi* es titularidad exclusiva del Estado, por lo que es él, a través de los órganos competentes y actuando siempre dentro del principio de legalidad, quien debe determinar la forma en que se ha de llevar a cabo el cumplimiento de las penas.

Por este motivo, si bien muchos autores se muestran a favor de un aumento del papel de la víctima en el proceso penal, la mayoría habría preferido que su participación en la fase de ejecución se hubiese articulado por vía de una mayor coordinación entre la misma y el Ministerio Fiscal— de forma que los recursos de las víctimas fueran interpuestos por éste- o mediante un refuerzo de la figura de la justicia restaurativa.

A la vista de los argumentos esgrimidos por los detractores del Estatuto, me parece interesante recordar las ideas defendidas por NISTAL BURÓN⁴⁴ acerca de las consecuencias que tiene para la víctima del delito el sistema de individualización científica de la LOGP. Al ser el *ius puniendi* titularidad exclusiva del estado, separado de la venganza privada de la víctima, la configuración de la ejecución penal se ha venido estructurando en torno a una concepción antagónica de los derechos del ofensor y el ofendido⁴⁵- y posicionándose visiblemente a favor de los derechos del primero- cuando la realidad es que ambos pueden ser perfectamente compatibles. Es decir, la participación e intervención de la víctima pueden- y en mi opinión deberían- ser utilizadas para promover la reeducación y la reinserción social del delincuente, cumpliendo así los fines de la ejecución de las penas.

No obstante, no es posible considerar el efecto beneficioso de una mayor participación de la víctima en la fase de ejecución desde la creencia de que esta actúa movida por un afán vindicativo⁴⁶. Lejos de ser así, estudios victimológicos reconocen que las necesidades de las víctimas en el proceso dependen de numerosos factores, y “si en oca-

⁴² Como NATIVIDAD PLASENCIA.

⁴³ El Tribunal Constitucional, en su ATC 373/1989, manifiesta que “de la posibilidad de intervenir en la fase de ejecución de la sentencia no vulnera el derecho de aquella a la tutela judicial efectiva, derecho que habría quedado satisfecho mediante su intervención en el proceso”. En la misma línea, el TEDH y TJUE no reconocen el derecho de las víctimas a ser oídas en relación a las clases o graduación de las penas, ni la obligación de los estados miembros de incluir disposiciones que lo permitan.

⁴⁴ NISTAL BURÓN, J: El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena. *Diario La Ley* núm. 7157, Sección Doctrina, 20 de abril de 2009. Suscrita también por LEGANÉS GOMEZ, S: en Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria, *Diario La Ley*, n.8619, Sección Doctrina, de 6 de octubre.

⁴⁵ En palabras del NISTAL BURÓN, “cualquier ganancia por los delincuentes en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena y lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito repercute en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente”.

⁴⁶ ORTIZ SAMAYOA, MARÍA J.: *La reparación como tercera vía*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca), 2013.

siones predomina el derecho a ser escuchadas o de recibir una petición de disculpa por parte del infractor, en otras se reclama simplemente el derecho a ser dejadas en paz. Ni siquiera puede decirse de modo empíricamente fundado que la víctima aspire en todo caso y circunstancia a la justicia a toda costa⁴⁷.

Por otra parte, no debe interpretarse que el 25.2 de la Constitución limite la función de la pena en el nuestro ordenamiento jurídico exclusivamente a la prevención especial. Como reitera el Consejo de Estado en su dictamen, “el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de noviembre de 2005, se ha mostrado partidario de otorgar a las penas privativas de libertad no solo una finalidad de resocialización o reintegración, sino prevencionista o retributiva, lo que justifica la intervención de la víctima en esta fase del proceso penal”.

En cualquier caso, resulta evidente que a la víctima no le es en absoluto indiferente el cumplimiento de la pena, sino que es la primera interesada en conocer de la puesta en libertad del ofensor y las condiciones en las que esta se ha producido, en la medida en que pueden afectar a su propia seguridad o modificar sus expectativas de obtener reparación por el daño causado. Por ese mismo motivo, desde mi punto de vista la víctima ostenta un interés directo en una participación activa en la ejecución, mediante el sistema de recursos articulado por el Estatuto, en cuanto colabora a su propia rehabilitación⁴⁸. No obstante, esta participación no supone una amenaza para los fines de reeducación y reinserción social de la pena, en cuanto- como argumenta la LEVID en su preámbulo- el *ius puniendi*, y consecuentemente la ulterior decisión sobre la ejecución de las penas, no dejan de ser, en ningún caso, titularidad del Estado, que en todo momento actuará informado por el principio de legalidad.

Por otra parte, en lo que respecta a la alegada falta de apoyo de la jurisprudencia de los tribunales europeos, debe tenerse en cuenta los tribunales mencionados se ha pronunciado únicamente en relación a normas que no contenían el derecho de participación de la víctima en la fase de ejecución, lo que “no supone necesariamente que la “jurisdicción” del ámbito europeo sea contraria, por principio, a que la víctima participe activamente en la fase de aplicación de las penas”⁴⁹.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional niega el derecho de las víctimas a interponer recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en base a que “la tutela judicial efectiva ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador haya

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, JOSEP. M.ª: *Estudios de Victimología*. Actas del I Congreso español de victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁴⁸ NISTAL BURÓN, J.: La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario. *Diario La Ley*, nº 8555, Sección Tribuna, 5 de junio, 2015, p. 6.

⁴⁹ DE HOYOS SANCHO, M.: Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Procesal* 34, Madrid, 2014.

querido articular⁵⁰”; como este derecho no está reconocido en la Disposición adicional quinta de la LOPJ, entiende que no es de aplicación a las víctimas de delitos. Por lo tanto, nada obsta a que una vez este derecho ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico por parte de la LEVID, puedan en un futuro estimar pretensiones similares en relación a la nueva norma.

En cuanto a las teorías que defienden que la intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución satisface el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, considero que deben ser examinadas siguiendo un razonamiento similar al que se utiliza para justificar la personación de ambas partes como acusación⁵¹. De esta manera, que al Ministerio Fiscal le corresponda el ejercicio de la acción penal no impide que las víctimas, e incluso el público en general, pueda personarse como parte acusadora. Paralelamente, el hecho de que se faculte al Ministerio Fiscal para interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria no debería suponer obstáculo a la intervención de las víctimas que así lo deseen. Estas ideas toman todavía más relevancia si tenemos en cuenta que, en no pocas ocasiones, los criterios que siguen el Ministerio Fiscal y la acusación particular son diferentes; de igual modo, ambos pueden tener un juicio diferente sobre la ejecución de las penas privativas de libertad o sobre la norma a aplicar, sin que por ello se tenga que asumir que existe un *animus vindicanti* en la actuación de la víctima.

Por lo que respecta a la justicia restaurativa, no cabe duda de que es un elemento relevante para la satisfacción de los intereses de la víctima, no sólo en la fase de ejecución sino a lo largo de todo el proceso penal- como reconoce el Estatuto al incluirla entre los derechos de participación del Título II. No obstante, como se analizará más adelante, no creo que deba tratarse como alternativa a la participación de la víctima en la ejecución, sino como complemento o refuerzo de la misma.

En base a los argumentos expuestos anteriormente, considero que la participación de la víctima en la fase de ejecución de las penas no sólo es válida, sino que se muestra necesaria para equilibrar sus derechos a los del victimario. Esta intervención está además configurada para ser ejercida de manera una autónoma; respetando los derechos del ya condenado dentro del proceso- como queda patente en la conservación del ejercicio *ius puniendi* por parte del Estado y su observancia de los principios de legalidad-, pero a la vez sin estar supeditada a la consecución de sus intereses penológicos⁵².

En este sentido, los mecanismos habilitados por la LEVID se configuran como buen impulso de cara a la obtención de una mayor satisfacción de las víctimas dentro del sistema judicial, en cuanto les ofrecer cauces para contribuir de manera activa a la

⁵⁰ SSTC 99/1985 y 209/1988 y ATC 373/1989.

⁵¹ Argumento igualmente expuesto en DE HOYOS SANCHO, M.: “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE...” op. CIT.

⁵² Algo por lo que abogaba NISTAL BURÓN en “El desamparo...” p. 30.

consecución de su propia reparación, tanto material como personal, y en general para participar directamente en la protección y satisfacción de sus intereses en el proceso.

1.4. Instrumentos complementarios a la participación de la víctima en fase de ejecución penal

En los apartados anteriores se ponía de manifiesto la importancia de la participación de la víctima en la fase de ejecución, en el plano de la satisfacción de sus intereses dentro del proceso penal. No obstante, los mecanismos habilitados por la LEVID a tal efecto no deben ser considerados de manera aislada, ya que como se ha comentado anteriormente, la posibilidad legal de intervenir como parte no siempre satisface el derecho de las víctimas. Por lo tanto, estos deben ponerse en relación con otros instrumentos que persiguen el mismo fin, y que permiten hacer efectiva la reparación del daño, tanto en su vertiente económica como emocional, y reducir la victimización secundaria que antes se mencionaba. Los instrumentos que se analizarán en este apartado son la justicia restaurativa- con énfasis en la consecución de una reparación emocional- y el trabajo penitenciario- encaminado a ayudar en la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

Además, se pondrá de manifiesto cómo la utilización de ambos para fomentar los dos tipos de reparación descritos, en relación con el derecho de participación de la víctima en la fase de ejecución, resultaría beneficioso tanto para la víctima como para el victimario. En este sentido, los esfuerzos reparadores del condenado se pueden ver incentivados ya no sólo por la posibilidad de obtención de reducciones de condena o mejores condiciones en el cumplimiento de la misma, sino por la efecto que puedan causar en la víctima, que ahora tiene facultad de recurrir ciertos autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

1.4.1. La justicia restaurativa en la ejecución penitenciaria: los acuerdos de reparación

La justicia restaurativa (en adelante JR) surgió en la década de los sesenta, en los países anglosajones, ante la insuficiencia del sistema penal para dar una respuesta adecuada a las nuevas necesidades de la sociedad. De esta manera, se va evolucionando hacia una nueva forma de entender la Justicia, que ha venido motivada por los siguientes cambios en los sistemas penales:

- *“Corrientes retributivas.*
- *Corrientes de empoderamiento social*
- *Ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia*

- *Fines de reinserción*
- *Importancia de la víctima*⁵³

Este movimiento puede definirse, de manera bastante completa, como “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo y encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”⁵⁴.

La JR supone la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal, y se configura como un mecanismo idóneo para aportar una respuesta integral, más completa y satisfactoria, no sólo a las víctimas sino a todas las partes implicadas en el proceso. De esta manera, el interés de la víctima se ve protegido en cuanto el causante del daño debe reconocerlo e intentar repararlo; el del victimario, porque podrá obtener beneficios penales y sus garantías constitucionales seguirán siendo respetadas, y el de la sociedad, porque la justicia restaurativa también cumple los fines de prevención general y especial, contribuyendo a restablecer el orden jurídico⁵⁵.

Si bien en otros países del entorno europeo la JR ha tenido una gran aceptación⁵⁶, hasta la aprobación de la LEVID el marco normativo penal en España se caracterizaba por la carencia de regulación expresa en materia, exceptuando lo dispuesto en la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor. Paralelamente a su introducción en el ordenamiento jurídico español, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP se refiere por primera vez a la mediación penal entre adultos (sin tener en cuenta lo ya establecido en materia de violencia de género), otorgando al juez o tribunal la facultad de condicionar la suspensión de las penas al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación⁵⁷. Además, la falta de arraigo de la JR en nuestro ordenamiento jurídico viene también corroborada por las altas tasas de encarcelamiento existentes, en relación con las de otros países vecinos, cuando hay estudios que de-

⁵³ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional” en *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 43.

⁵⁴ RIOS MARTÍN, J.C. et al: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Ed. Colex, Madrid, 2008 p. 31

⁵⁵ PERULERO GARCÍA, D.: Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal, en *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012 p. 5-6.

⁵⁶ Noruega, Reino Unido, Francia, Austria, Alemania o Bélgica cuenta con sistema de JR más avanzados, siendo los países más reticentes los del sur de Europa.

⁵⁷ Art. 84.1 del CP

muestran que la criminalidad es mucho más baja⁵⁸. Esto sugiere un recurso abusivo a la respuesta punitiva como medio de resolución de conflictos, frente a la figura de la JR.

En cuanto a la regulación efectuada por la LEVID- que es la que más interesa a este trabajo- esta establece en su art. 15 la posibilidad de las víctimas de acceder a los servicios de JR en unos términos que están pendientes de desarrollo reglamentario, y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- “el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- el infractor haya prestado su consentimiento;
- el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- no esté prohibida por la ley para el delito cometido”.

Los requisitos establecidos por la LEVID son bastantes similares a los previstos en el art.12 la Directiva, que no fueron bien acogidos por los estudiosos de la JR. Especialmente criticada fue la limitación de la utilización de esta figura para los casos en los que la víctima muestre su consentimiento, ya que en algunas ocasiones la participación de la víctima en estos programas puede no ser constructiva, o no existe una víctima concreta, por lo que se puede seguir adelante sin su intervención siempre que sea beneficioso para el penado. En líneas generales, se considera que “excluir cuestiones de la mediación es negativo para su desarrollo, pues en la práctica el caso es evaluado en distintos momentos por distintos operadores y la cuestión de la adecuación del método de resolución de conflictos al caso se ha de mantener durante todo el proceso”⁵⁹.

Por otro lado, cabe destacar que en el texto de la Directiva únicamente se establecía la necesidad del legislador de “adoptar medidas”, dicción probablemente más ajustada a la naturaleza de la JR. En esta línea, algunos autores consideran que regular esta figura como si se tratara de una norma jurídica le otorga una rigidez excesiva, lo que perjudica a su eficacia; lo más adecuado es flexibilizar la JR, de manera que se pueda adaptar a

⁵⁸ La tasa de encarcelamiento en España en 2012 era de 150 reclusos por cada 100.000 habitantes, mientras que la media europea era de 102. En 2011, la tasa de criminalidad era de 48,4 por cada 1.000 habitantes, frente al 64,3 en el resto de la UE. Vid en Ortiz González, J.L. (2013): La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (p. 237-256). Bilbao, Universidad de Deusto, p. 238 (datos obtenidos de la Secretaría de Estado de Instituciones penitenciarias, del *Centre for Prisonal Studies* y el Ministerio de Interior).

⁵⁹ SOLETO MUÑOZ, H.: Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (p. 77-106). Bilbao, Universidad de Deusto, 2013 p. 92

cada caso concreto, dentro de los propios servicios de JR y Juzgados⁶⁰. En cualquier caso, habrá que esperar al desarrollo reglamentario del legislador español para concluir sobre su efectividad y adecuación a la naturaleza y fines de la JR.

Los procedimientos de JR suelen consistir en la interacción de ambas partes con una persona neutral, que recibe el nombre de facilitador. La técnica más común en la Europa continental es la mediación entre víctima y delincuente (VOM), aunque también se suele recurrir al a comunidad, conferencias de grupos familiares, sentencias en círculos, círculos promotores de paz; y libertad condicional reparativa y juntas y paneles comunitarios⁶¹.

Dependiendo de la relación de los instrumentos de JR con el sistema penal, se distinguen tres sistemas diferenciados: sistemas complementarios a los Tribunales, sistemas alternativos al enjuiciamiento e iniciativas ajenas a la Justicia⁶². En el caso de España, se podría interpretar que los mecanismos de JR establecidos en la legislación de menores son alternativos, aunque el sistema es esencialmente complementario, como apuntan las recientes modificaciones de la legislación penal. De esta manera, los procedimientos de JR están integrados dentro de los tribunales, y pueden tener lugar en cada una de las partes del proceso aunque los objetivos que se persiguen en cada una de ellas serán diferentes. Además, la culminación con un acuerdo de reparación, puede suponer ciertas ventajas para el acusado dentro del proceso ya abierto, o para el penado en el marco de la ejecución de la pena.

En este sentido, dentro del marco de la ejecución penitenciaria, “el penado podrá acceder a permisos de salida (artículo 47.2 LOGP) y progresión en grado (artículo 65.2 de la LOGP)- *que dependen entre otros, de la conducta del interno*- y libertad condicional ordinaria- cuando exista, además, un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que implica haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 90.1 CP)- o anticipada, previo informe de las partes y extinguidas las dos terceras partes de la condena, por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (artículo 91.1 CP) o extinguida la mitad de la condena, cuando acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación (artículo 91.2 CP)”⁶³. La participación en programas de JR podrá además tener influencia en la aplicación del régimen general de cumplimiento (arts. 78.3 y 36.2 CP) y en la su-

⁶⁰ Vid. en SOLETO MUÑOZ, H.: “La justicia restaurativa como elemento complementario...Cit., p. 10 y ss.

⁶¹ ONUDC, Handbook of Restorative Justice, ONU, 2006, p. 14.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ PERULERO GARCÍA, D.: Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal, en Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español, ed. Aranzadi, Pamplona, 2012 p. 16.

presión o disminución de las sanciones disciplinarias (art. 256 RP)⁶⁴. Por último, no exactamente dentro de la ejecución penitenciaria, aunque si afectando al cumplimiento de la pena, cabe destacar la influencia de la JR en la suspensión de las penas privativas de libertad (art. 80.2 CP)- para lo cual se exige un compromiso de satisfacción de la responsabilidad civil de acuerdo como la propia capacidad económica.

En este contexto cobran especial relevancia los acuerdos restaurativos, en cuanto representan la culminación del diálogo entre las partes que intervienen el proceso⁶⁵. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que no todos los procesos restaurativos terminan con un acuerdo entre las partes participantes; en estos casos, a efectos del tratamiento penitenciario, debería valorarse la disposición del penado y su conducta a lo largo del mismo.

Los acuerdos restaurativos se dividen en acuerdos de reparación material o económica y acuerdos de reparación simbólica⁶⁶.

Los acuerdos de reparación material consisten básicamente en la restitución de lo que se ha sustraído o en la reparación del daño causado, mediante el pago de una determinada cantidad económica, para lo cual se puede pactar que el pago se haga a pagos si el acusado no dispone de ingresos suficientes. No obstante, debe tenerse en cuenta que, a efectos del tratamiento penitenciario, lo más relevante debe ser el esfuerzo y la intención del responsable; por este mismo motivo, una reparación parcial no sería suficiente si hubiese capacidad económica para reparar de forma total⁶⁷.

Por otra parte, los recuerdos de reparación simbólica consisten en “una obligación de hacer o no hacer”⁶⁸. Las posibilidades son variadas: pueden consistir en una disculpa a la víctima, un compromiso de no reincidencia o la realización de ciertas conductas altruistas, por nombrar algunas. Este tipo de reparación toma especial relevancia si se tiene en cuenta que, como mencionaba anteriormente, en un gran número de procesos el agresor no es capaz de reparar el daño de manera material, al ser declarado insolvente. En otras ocasiones, su capacidad económica le permite hacer frente solo a una pequeña parte de la responsabilidad civil, por lo que la víctima no quedaría completamente satisfecha.

Pero, más allá de eso, lo cierto es que, en numerosas ocasiones, las víctimas valoran más una reparación moral, ya que “les da la oportunidad de oír y ser oídas, de expresar sus sentimientos y recibir una explicación”⁶⁹. De las experiencias de JR con víctimas del terrorismo, por ejemplo, se extrae que un sentimiento común es la necesidad de conocer

⁶⁴ ORTIZ GONZÁLEZ, J.L.: La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (p. 237-256). Bilbao, Universidad de Deusto, 2013, p. 243.

⁶⁵ RIOS MARTÍN, J.C. et al: La mediación penal y penitenciaria.... Cit. p. 132

⁶⁶ Algunos autores, como CERVELLÓ DONDERIS, añaden otras dos categorías: la disminución de los acuerdos del delito a través de la restitución y la reparación colectiva a través de reparaciones de finalidad social.

⁶⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V. La justicia restaurativa en la reforma penal. En Cuadernos Digitales de Formación, núm. 33, 2014.

⁶⁸ Incluido entre los tipos de reparación del art. 112 del CP.

⁶⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V. La justicia restaurativa en la reforma penal...op. CIT.

la verdad sobre los hechos, relatada por el propio agresor, así como poner en conocimiento del mismo el sufrimiento que ha padecido. Participar activamente en programas de JR y obtener esta reparación emocional, es lo que les permite obtener el cierre de esa etapa o iniciar los pasos necesarios para ello⁷⁰. Este tipo de conversaciones se ve además facilitado en la fase de ejecución, en cuanto el transcurso de un periodo considerable desde la comisión del delito que da tiempo a ambas partes para reflexionar acerca del mismo.

Si bien con todo lo anterior ha quedado evidenciado el impacto positivo de la JR en la reparación a la víctima del delito, en las dos vertientes antes mencionadas, debe recordarse, como se mencionaba al principio de este apartado, que este beneficio no es a expensas de los derechos del victimario, sino más bien al contrario. La participación en programas de JR tiene un efecto positivo en el penado, no solo en cuanto a reducciones de condena o mejores condiciones de cumplimiento se refiere- aspectos que serán descritos con más detalle más adelante- sino también de cara al tratamiento penitenciario; a su reinserción y rehabilitación.

No obstante, y a pesar de que la JR consigue otorgar un mayor equilibrio a los derechos de las partes, como se ha comentado anteriormente esta no cuenta todavía con un gran arraigo dentro de nuestro país. Con sus defectos, la regulación de esta figura en la LEVID es un pequeño paso hacia un mayor papel de la JR dentro del derecho penal de adultos. Ahora solo queda esperar que esta medida, unida a la experiencia en otros países en los que la JR goza de una mayor integración y a la influencia de ONGS activistas, el European Forum of Restorative Justice y el Grupo de Magistrados Europeos para la Mediación⁷¹, contribuyan a dar un protagonismo creciente de la JR en nuestro sistema penal, orientada en todo momento a una mayor protección y satisfacción de los intereses y derechos de todas las partes que participen en el proceso.

1.4.2. El trabajo penitenciario orientado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito

Hasta hace relativamente poco, en nuestro derecho penal y penitenciario no existían previsiones que hiciesen referencia directa a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito una vez iniciada la ejecución de la pena privativa de libertad⁷², dentro del tratamiento penitenciario. No obstante, en el art. 33.1.d) LOGP ya se venía disponiendo, en relación al trabajo penitenciario, que la Administración “cuidará de

⁷⁰ Vid en ORTIZ GONZALEZ, J.L.: La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario. En *Justicia Restaurativa...*, CIT., p. 246

⁷¹ SOLETO MUÑOZ, H.: Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (p. 77-106). Bilbao, Universidad de Deusto, 2013.

⁷² TAMARIT SUMALLA, J. M^a.: La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo? *Revista General de Derecho Penal*, nº1 mayo 2004

que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”. No cabe duda de que una de estas “restantes obligaciones” de los internos es la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito⁷³, por lo que parte de los ingresos obtenidos por los penados dentro de prisión podría, o deberían, ser empleados para satisfacer dicha responsabilidad de manera voluntaria o, en última instancia, mediante la figura del embargo. Y digo deberían porque el trabajo penitenciario, como parte del tratamiento penitenciario está dirigido a la consecución de la reinserción social del individuo, en los términos previstos en el artículo 59 LOGP, en las cuales juega un papel fundamental la reparación a la víctima.

En esta línea, argumenta LEGANÉS GOMEZ que “derivar el desplazamiento de la responsabilidad civil a la vía penitenciaria le dota de un sentido tratamental que permite actuar sobre el sujeto, no solo para motivarle a satisfacerla como un paso más en su reinserción, sino también para facilitarle los medios para cumplirla en caso de insolvencia”⁷⁴. Este mecanismo facilitador es, precisamente, el trabajo remunerado, que se facilita a los internos en los términos expuestos a continuación.

Este derecho al trabajo remunerado de los internos viene reconocido de manera expresa por el artículo 25 de la Constitución, que lo configura como derecho fundamental junto con “los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. En contraposición, el trabajo remunerado no se perfila como un derecho fundamental para el resto de los ciudadanos, sino como un deber y derecho, en el art. 35.1 de la CE. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STC 12/1989, concluyendo que el derecho al trabajo remunerado de los reclusos participa de las características de los derechos prestacionales, por lo que tiene dos aspectos fundamentales: “la obligación de crear la organización prestacional para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo, y el derecho de estos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente”⁷⁵.

Por su parte, la LOGP sí que otorga al trabajo penitenciario consideración de derecho y a la vez deber, como elemento fundamental del tratamiento penitenciario. Esta concepción no entra en conflicto con las previsiones constitucionales, en cuanto hace referencia a las modalidades concretas de trabajo penitenciario, divisibles en dos grupos: las que forman parte del tratamiento, de naturaleza voluntaria, y las prestaciones personales obligatorias, referidas al buen orden y limpieza del establecimiento⁷⁶. Añade

⁷³ TAMARIT SUMALLA, J.M^a, GARCÍA LABERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^aJ., SAPENA GRAU, F., Curso de DERECHO Penitenciario, Barcelona, Valencia, 2005, p. 280

⁷⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S.: La víctima del delito en la ejecución penitenciaria. *Diario La Ley*, núm. 8619, Sección Doctrina, 6 de octubre de 2015, p. 7

⁷⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario* p. 469

⁷⁶ *Ibidem*, p. 470.

la LOGP, además, que el trabajo no tendrá carácter afflictivo ni atentará contra la dignidad del interno, tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéuticos. Se organizará atendiendo a las aptitudes y cualificaciones profesionales, facilitado por la Administración, con protección de la Seguridad Social, y en ningún caso supeditado a los intereses económicos de la Administración. Además, será en cualquier caso remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas legalmente⁷⁷.

La organización del trabajo productivo y su remuneración están encomendadas al Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante OATPFE); una entidad estatal de derecho público, adscrita al Ministerio de Interior a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

El trabajo realizado por los internos se puede clasificar en dos grupos: el realizado dentro de los establecimientos penitenciarios, regulado por el RD 782/2001, y el que se lleva a cabo en régimen abierto, sometido a la legislación laboral ordinaria prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Este trabajo se centra fundamentalmente en el primero de los grupos, por configurarse como relación laboral de carácter especial. Debe tenerse también en cuenta que las previsiones legales sobre el trabajo fuera del centro penitenciario son escasas, por ser ajenas al sistema de cumplimiento.

Según datos del propio OATPFE, en 2009 cerca de 12.000 internos trabajaban en los talleres productivos de los centros penitenciarios. Esto supone el 40,54 % de la población que puede desempeñar actividades remunerada dentro de los centros penitenciarios. Estas actividades remuneradas pueden ser organizadas por el mismo OATPFE, tomando la forma de *talleres de producción propia*- que incluirá actividades como la carpintería, confección industrial o artesanía- y *talleres de servicios penitenciarios*- alimentación, economato, mantenimiento o limpieza, entre otros-, o *en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior*⁷⁸- que incluye cualquier especialidad laboral que se acuerde entre empresarios y el OATPFE, estructurado mediante convenio marco de colaboración⁷⁹. Independientemente de la forma que se adopte, la relación laboral se produce entre el interno y el OATPFE.

Los penados en centros penitenciarios sujetos a esta relación laboral especial están, de acuerdo con el art. 19 del RD 782/2001, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de asistencia sanitaria, protección en caso de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las

⁷⁷ Artículos 26 y 27 LOGP.

⁷⁸ En la actualidad, según datos del OATPFE, existen suscritos 130 Compromisos de Colaboración con empresas de los diferentes sectores productivos mencionados anteriormente, dando ocupación a un promedio de 3.500 reclusos trabajadores.

⁷⁹ Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, Informe anual 2015.

contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. También recibirán prestación por desempleo cuando sean liberados de prisión.

El trabajo realizado en los centros penitenciarios será además remunerado, de acuerdo con el art. 25 CE y 27.2 LOGP. Esta remuneración se lleva a cabo según con lo dispuesto en el artículo 15 RD 782/2001. De esta manera, el salario se determinará tomando como referencia el salario mínimo interprofesional (SMI), y de forma proporcional al rendimiento conseguido y al horario de trabajo efectivo, para cada módulo, incluyendo la retribución de los días de descanso semanal, vacaciones anuales retribuidas y gratificaciones extraordinarias, en su caso. Las retribuciones podrán calcularse por cualquier sistema, aplicando lo anteriormente expuesto, pero si se aplica el sistema de producto, y la organización del trabajo se lleva a cabo en colaboración con empresas del exterior, el OATPFE u órgano autonómico equivalente se reserva el derecho a establecer los métodos y tiempos aplicables en la elaboración de cada producto. Este organismo podrá, a su vez, establecer primas a la producción.

Este salario será ingresado en las cuentas del peculio de cada interno, y únicamente podrá ser embargado en las condiciones y con los requisitos que establece el Estatuto de los Trabajadores, siendo el salario mínimo interprofesional inembargable⁸⁰. Sin embargo, si la remuneración obtenida por el trabajo en el centro penitenciario superase el SMI, la diferencia sí podría ser embargada de acuerdo con lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), a la que se remite la LECrim. En este caso, si no existiesen bienes suficientes para hacer frente a todas las obligaciones, se seguirá el orden de prelación preestablecido en el art. 126 CP, que favorece a las víctimas al imputar los pagos efectuados, en primer lugar, a la “reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios”. Además, el art. 14 de la LEVID ha modificado este precepto, de manera que ahora las víctimas de los delitos tienen también preferencia en lo que se refiere al cobro de las costas procesales.

No obstante debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con conversaciones mantenidas con funcionarios de instituciones penitenciarias, el salario percibido por los internos que trabajan en talleres penitenciarios normalmente no sobrepasa el SMI, ya que su jornada laboral es muy reducida⁸¹.

Por lo tanto, al no poder embargarse el salario percibido en la mayoría de ocasiones, la única opción es que los internos decidan, de manera voluntaria, dotar parte de sus ingresos a la indemnización de daños y perjuicios derivados del delito. En este sentido –a pesar de que la doctrina ha venido insistiendo en que la necesidad de que los

⁸⁰ Actualmente el Salario Mínimo mensual es igual a 707,60€ (<http://www.salariominimo.es/>)

⁸¹ En un estudio realizado en el año 2007 sobre las prisiones en Cataluña, se aporta información sobre los últimos ingresos mensuales netos percibidos; únicamente el 18,9% de los encuestados recibían un salario superior a 300€. Vid. en MARTÍN ARTILES, A., ALOS-MONER, R., GIBERT, F., MIGUÉLEZ, F.: Política de reinserción y funciones del trabajo en las prisiones (El caso de Cataluña). *Política y Sociedad*, 2009, Vol. 46, núm. 1 y 2: 221-236.

esfuerzos reparadores de los penados se consideren como un objetivo en sí mismo⁸²—, nuestro ordenamiento jurídico incorpora mecanismos que pueden sin duda suponer un incentivo para los internos; en concreto, la necesidad de satisfacer de la responsabilidad civil como requisito para acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, ordinaria o anticipada, que introdujo la LO 7/2003, de 30 de junio⁸³. Lo que se requiere para ello no es la satisfacción efectiva de la responsabilidad civil, sino el esfuerzo y colaboración activa del penado para reparar el daño e indemnizar, de acuerdo a su capacidad económica y sus condiciones personales y patrimoniales. De esta manera, “si el sujeto está en condiciones de pagar la responsabilidad civil y no quiere hacerlo, su actitud es valorable, no como dato meramente objetivo de que no paga, sino como el dato sorprendentemente subjetivo de que negarse a pagar pudiendo hacerlo pone de manifiesto una importante falta de nivel de aptitud del sujeto para resocializarse o reeducarse en el sentido de las leyes penales y penitenciarias”⁸⁴.

No obstante, estos mecanismos se muestran en algunos casos insuficientes, en cuanto la responsabilidad civil resulta en la mayoría de los casos insatisfecha⁸⁵. Por lo tanto, resultaría conveniente realizar una reforma en la normativa penitenciaria orientada a garantizar a la víctima un nivel más elevado de reparación.

Quizá la primera solución que viene a la mente sería el establecimiento de un porcentaje de la remuneración obtenida por el trabajo penitenciario que debiese ser obligatoriamente afecto a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. El desarrollo de esta reflexión no puede ser realizado si no es atendiendo a dos cuestiones fundamentales.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 169 del CP de 1928 disponía de un precepto similar, en el que se establecía que “*del producto del trabajo, tanto del condenado a reclusión o a prisión, como de los internados en otros establecimientos especiales, conforme a preceptos de este Código, se aplicarán dos terceras partes a cubrir las responsabilidades civiles del reo mientras subsistan (...)*”. Con la supresión de los trabajos forzados de los presos, esta previsión legal desapareció del ordenamiento jurídico español, al igual que en otras legislaciones vecinas como la belga o la alemana⁸⁶. No obstante, esto no sucedió en Italia, que en su *Codice Penale* establece que en remuneración prevalece el resarcimiento del daño, la contribución a los gastos de mantenimiento y el pago de costas procesales, debiendo respetar un tercio del salario percibido, no sujeto

⁸² Vid. en TAMARIT SUMALLA, J.M.ª; “La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales p. 24

⁸³ Regulados en los arts. 72.5 LOGP y 90.1 y 90.1 CP.

⁸⁴ BUENO ARÚS, F.: En el Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (entrevista), Boletín nº 14, 2004, p. 4-5

⁸⁵ Me remito a los datos arrojados por el análisis estadístico realizado en el CAPITULO III.

⁸⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M.ª.: La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo? En *Revista General de Derecho Penal*, nº1 mayo 2004

a embargo, que irá directamente al peculio del interno. Otros países vecinos recogen previsiones similares en sus legislaciones penales y penitenciarias⁸⁷.

De esta manera, el ordenamiento jurídico portugués⁸⁸ introduce también límites a la disponibilidad del salario derivado del trabajo penitenciario, al prever el reparto de las remuneraciones de los internos en cuatro partes iguales, afectas a la constitución de cuatro fondos con fines diferentes; el uso personal del recluso, el apoyo a su reinserción social- a entregar al recluso en su liberación o, excepcionalmente, en sus permisos de salida-, pago de indemnizaciones, multas y otras obligaciones derivadas de las condena y el pago de obligaciones de alimentos. Además, en el caso de que el condenado no estuviese sujeto a estas obligaciones, el salario se dividiría a partes iguales entre uso personal y apoyo a la reinserción. El director del centro penitenciario puede autorizar un reparto diferente atendiendo a las circunstancias personales del interno.

Por otro lado, en el código procesal penal francés⁸⁹ se establece un mínimo de subsistencia personal de 200 euros para cada interno. El salario que exceda de este mínimo inembargable será afecto a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito en unos porcentajes preestablecidos: por la fracción superior a 200 euros e inferior a 400, se retiene un 20%, entre los 400 y los 600 euros, un 25%, y por los ingresos superiores a 600 euros, un 30%. Se retiene además un 10% adicional que irá destinado al peculio de liberación. Desde mi punto de vista, este es el sistema más respetuoso con la capacidad económica del interno, al estar articulado de manera progresiva.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que en España, como se ha mencionado en el apartado anterior, ese salario mínimo que todos los países protegen de retención coincide con el SMI, lo cual hace prácticamente imposible el embargo de las remuneraciones percibidas por los internos y su afección a la responsabilidad civil, en cuanto estas no suelen ser superiores al mínimo inembargable. En este sentido, si se tuviese la intención de introducir en nuestro ordenamiento jurídico previsiones similares a las anteriormente descritas, sería necesario suprimir la inembargabilidad del SMI para los internos, substituyendo esta cuantía por otra más adecuada- teniendo en cuenta todas las prestaciones a las que tiene derecho el interno dentro del establecimiento⁹⁰- a determinar a partir de un estudio de los salarios percibidos por los penados en instituciones penitenciarias. Los salarios superiores al de ese nuevo mínimo, podrían ser embargados de acuerdo con las mismas reglas previstas por el art. 607 LEC, similares a las contempladas en el sistema francés por su carácter progresivo.

⁸⁷ Para información más detallada sobre derecho penitenciario comparado, consultar PUY ROCA, O. y ALIAGA HERNÁNDEZ, J.M.: *Libro Blanco. El Trabajo en las Prisiones Europeas; Organización y Gestión de los Talleres Penitenciarios*. Centre d'Iniciatives per a la Reinserció (CIRE), Barcelona, 2008.

⁸⁸ Vid. *Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, que aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade*.

⁸⁹ Vid. Loi n.º 57-1426 du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale; *article D320*.

⁹⁰ Manutención, alojamiento...

No obstante, la problemática de estos sistemas radica en la dificultad de incorporar elementos subjetivos, como las circunstancias familiares del interno, que desde mi punto de vista si deberían ser tenidas en cuentas a la hora de calcular el mínimo de subsistencia inembargable, así como los porcentajes susceptibles de embargo de cada tramo. Asimismo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, una reforma legislativa en este sentido dejaría sin efecto la reforma imperada por la Ley 1/2003 a la que ya se ha hecho referencia, en cuanto no parece compatible ofrecer reducciones de condena asociadas a un esfuerzo voluntario de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito cando esta deviene obligatoria.

Como alternativa a esta medida podría plantearse la introducción de un nuevo supuesto entre las causas de suspensión, o en última instancia extinción, de la relación laboral⁹¹, a aplicar cuando el penado no realice el esfuerzo mencionado por satisfacer la responsabilidad civil de acuerdo con los ingresos obtenidos. En cualquier caso, esta reforma debería hacerse en términos similares a los que en su momento previó la Ley 7/2003, es decir; *“considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición”*.

CONCLUSIONES

La Ley 54/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito modifica sustancialmente el régimen de participación de las víctimas en el proceso penal al permitirles ser notificadas y recurrir determinadas resoluciones ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como solicitar la imposición de reglas de conducta al liberado condicional o proporcionar información relevante para la ejecución de las penas, independientemente de su personación o no en la causa.

Este avance legislativo es sin lugar a duda positivo, en cuanto convierte a la víctima en una protagonista más de la ejecución de las penas, fase de la que no es en absoluto ajena, a pesar de las opiniones de ciertos sectores de la doctrina. En este sentido, la participación en la ejecución aumenta la satisfacción de las víctimas dentro del pro-

⁹¹ Reguladas en el Capítulo V del RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

ceso penal al permitirles perseguir la consecución de sus intereses en nombre propio. Además, esta intervención no resulta incompatible con los fines constitucionales de reeducación y reinserción social de las penas ya que en última instancia el *ius puniendi* sigue en manos del estado, que está sujeto al principio de legalidad. Esta circunstancia excluye el ánimo de venganza que muchos autores atribuyen a la víctima, aunque estudios victimológicos rechazan que actúe siempre motivada por dicho fin.

No obstante, es una lástima que el legislador no haya ido más allá, legitimando el recurso contra el auto por el que se concede la progresión a tercer grado del interno en los mismos términos previstos para la libertad condicional. Asimismo también es de lamentar que el ámbito objetivo de los recursos no sea más extenso, y no contemple delitos que sin embargo sí son considerados por la LEVID como especialmente graves en relación a la necesidad de garantizar medidas especiales de protección. Sorprende especialmente la ausencia de referencia a los delitos de violencia de género en el catálogo del artículo 13 de la LEVID, por la gran repercusión que tienen actualmente en la sociedad.

Si bien la habilitación de mecanismos de participación de la víctima en esta última fase del proceso penal es válida, en los términos que se han descrito con anterioridad, esta no puede en absoluto contemplarse si no se ofrecen a la vez una serie de medidas que eviten la victimización secundaria dentro del mismo. En este contexto debe prestarse especial atención a la duración del proceso, que en muchas ocasiones es mayor de lo deseable. Debe tenerse en cuenta que un proceso penal excesivamente largo resulta lesivo y costoso para la víctima del delito; para evitar que esto se produzca es imprescindible que los recursos e infraestructuras de la administración de justicia funcionen de una manera eficiente.

Más allá de la participación de la víctima en la ejecución de las penas, es necesario que el sistema penal proporcione una serie de mecanismos encaminados a la consecución de una reparación efectiva de la misma. En este contexto toman protagonismo preceptos relativamente novedosos en nuestro ordenamiento jurídico que suponen un claro incentivo para el interno, y que procuran obtener una mayor reparación de las víctimas de delitos tras la imposición de la pena; en concreto las instituciones con contenido restaurativo, como el acceso a los permisos de salida, la progresión en grado, la concesión de la libertad condicional- ordinaria o anticipada-, la aplicación del régimen general de cumplimiento, la supresión o disminución de las sanciones disciplinarias e incluso la suspensión de las penas privativas de libertad.

Muchas de estas figuras se han visto afectadas por la reforma operada por la LEVID; de esta manera, un refuerzo de las medidas orientadas a conseguir la reparación a la víctima por parte del penado, mediante los mecanismos de JR o los cambios en la legislación penitenciaria analizadas en este trabajo, no puede ser más que beneficioso, en cuanto promueve la interrelación entre la reparación y participación de las víctimas en la ejecución penitenciaria y el reeducación y resocialización del interno.

Así pues, el esfuerzo reparador del penado- que no el éxito de la reparación, ya que este no depende en todos los casos sólo de su propia voluntad- será tenido en cuenta a la hora de otorgar la progresión en grado o la libertad condicional, aplicar el régimen general de cumplimiento o garantizar la suspensión de la pena. Pero además, tanto este ánimo reparador como los acuerdos de restauración podrán ser valorados por las víctimas, en relación a la decisión sobre la interposición de recursos o facilitación de información al Juez o Tribunal.

De esta forma, cabe esperar que una víctima que ha obtenido este tipo de satisfacción en el plano económico y también en el emocional, y que además ha comprobado los esfuerzos reales- más o menos exitosos- del penado por enmendar el daño causado, estará más satisfecha con el proceso, y será más cautelosa al hacer uso de su facultad de recurrir los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria- a la par que aportar información-, en cuanto ha podido evaluar de manera directa el éxito del tratamiento penitenciario, así como la existencia de voluntad y capacidad del penado para reinserirse dentro de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. (2013): La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, Madrid. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=1314&IDA=36818>
- BUENO ARÚS, F.: En el Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (entrevista), Boletín nº 14, 2004. Disponible en: <http://atip.es/index.php/actualidad/revistas>
- CERVELLÓ DONDERIS, V. La justicia restaurativa en la reforma penal. *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 33, 2014. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search_old/publicaciones/
- Consejo de Estado, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-360>
- Consejo General del Poder Judicial: Informe al Anteproyecto de Estatuto de la Víctima del Delito, págs. 34-37. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>
- Consejo General del Poder Judicial: Voto Particular al Informe al Anteproyecto de Estatuto de la Víctima del Delito. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/>

cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/ Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito

Consejo Fiscal, Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_Victima_del_Delito.pdf?idFile=6e173de7-4b37-41cc-9c10-c0835883ac8e

DE PAUL VELASCO, JOSÉ M.: *Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria*. Curso CEJ, abril 2015. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/J.M.%20de%20Pa%C3%BAI%20Velasco.pdf?idFile=4a7539fe-b9f5-4b5f-adf1-933503366989

DE HOYOS SANCHO, M.: Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Procesal* 34, Madrid, 2014. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9&numero=34

DE HOYOS SANCHO, M.: Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015. *Diario La Ley*, n.8689, Sección Doctrina, de 26 de enero de 2015.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución. Curso de formación continua de fiscales, CEJ, 2015. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Luis%20Fern%C3%A1ndez%20Ar%C3%A9valo.pdf?idFile=81762ceb-00f4-404d-a247-756c3fb627dc

GARCÍA RODRÍGUEZ, JOSÉ M.: El nuevo Estatuto de las Víctimas del Delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho Penal y Criminología*, 18-24, 2016. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf>

GÓMEZ COLOMER, J.L.: La reparación a la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano (*Crime Victim's Reparation in American Criminal Procedure*). En Justicia: Revista de Derecho Procesal, 2014, núm. 2, pp 23-67. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/reparacion-victima-crimen-sistema-559017506>

GÓMEZ COLOMER, J.L.: Los aspectos esenciales en el proyectado Estatuto de la Víctima. En Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 37, ISSN 1575-4022, 2015. Recuperado de <https://proview.thomsonreuters.com>

GÓMEZ COLOMER, J.L.: *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comorado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.

- GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: El estatuto de la víctima del delito y los juzgados de vigilancia penitenciaria. *Diario La Ley*, n.8755, Sección Tribuna, de 5 de mayo, 2016.
- LEAL MEDINA, J.: Régimen jurídico de la víctima del delito. Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y otras leyes extraprocesales. Especial atención al anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto Jurídico de la víctima del delito. *Diario La Ley*, n.8287, Sección Doctrina, de 7 de abril, 2014.
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria. *Diario La Ley*, n.8619, Sección Doctrina, de 6 de octubre, 2015.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal. *Diario La Ley*, n.8351, Sección Doctrina, de 10 de julio, 2014
- MARTÍN ARTILES, A., ALOS-MONER, R., GIBERT, F., MIGUÉLEZ, F.: Política de reinserción y funciones del trabajo en las prisiones (El caso de Cataluña). En *Política y Sociedad*, Vol. 46, núm. 1 y 2: 221-236, 2009. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/issue/view/POSO090913/showToc>
- NISTAL BURÓN, J.: El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena. *Diario La Ley*, nº 7157, Sección Doctrina, 20 de abril, 2009.
- NISTAL BURÓN, J.: *La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario*. *Diario La Ley*, nº 8555, Sección Tribuna, 5 de junio, 2015.
- ORTIZ GONZÁLEZ, J.L.: La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (pp. 237-256). Bilbao, Universidad de Deusto, 2013.
- ORTIZ SAMAYOA, MARÍA J.: *La reparación como tercera vía*. (Tesis Doctoral), Universidad de Salamanca, 2013. Recuperado de <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/124195>
- PERULERO GARCÍA, D.: Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal, en *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español* (dir. P.M.GARCIANDÍA GONZÁLEZ, H. SOLETO MUÑOZ), ed. Aranzadi, Pamplona, 2012
- ONU DC, *Handbook of Restorative Justice*, ONU, 2006
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N.: Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Diario La Ley*, n.8683, de 18 de enero, 2016.
- PUY ROCA, O. y ALIAGA HERNÁNDEZ, J.M.: *Libro Blanco. El Trabajo en las Prisiones Europeas; Organización y Gestión de los Talleres Penitenciarios*. Centre d'Iniciatives per a la Reinserció (CIRE), Barcelona, 2008.
- RENART GARCÍA, F.: Del olvido a la sacralización: la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISN 1695-0194, 2015. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-14.pdf>

- RÍOS MARTÍN, J.: *La Mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Ed. COLEX, Madrid 2008.
- SOLETO MUÑOZ, H., La Justicia restaurativa como elemento complementario a la Justicia tradicional. En *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español* (dir. P.M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ), ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.
- SOLETO MUÑOZ, H.: Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. En *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos* (pp. 77-106). Bilbao, Universidad de Deusto, 2013.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. M.: La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo? *Revista General de Derecho Penal*, nº1 mayo 2004. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402649&texto=
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. M (2005): *Estudios de Victimología*. Actas del I Congreso español de victimología, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP M. (2015). *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*. Valencia, Tirant lo Blanch Tratados.
- TOBOLOWSKY, et all, (2016): *Crime victim rights and remedies*, Carolina Academic Press, North Carolina, EEUU.
- Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (TPFE); *Informe anual 2015*. Disponible en http://oatpfe.es/docs/2016/11/30/09180001_4_2_0.pdf
- VICTIM'S COMMITTEE, CRIMINAL JUSTICE SECTION, AMERICAN BAR ASSOCIATION: *The victim in the criminal justice system*, June 2006. Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications.html
- YOLDI MUÑOZ, M.T.: Un nuevo impulso hacia la protección de la víctima. Análisis crítico de la Directiva 2012/29/UE y del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima, 2016. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Maria%20Teresa%20Yoldi%20Mu%C3%B1oz.pdf?idFile=45627b66-815b-4bbd-b753-85a1f0860884
- YOUNG, KATHRYNE M.: *Parole Hearings and Victim's Rights: Implementation, Ambiguity and Reform*. Connecticut Law Review, December 2016
- WHITE AND CASE, WILMERHALE, CARMEN PARDO-VALCARCE FOUNDATION & THOMSON REUTERS FOUNDATION: *Comparative legal research: Rights and Protection of Vulnerable Victims in Criminal Proceedings*, 30 de marzo de 2017.

Recursos electrónicos

<https://www.justice.gov/uspc/parole-hearings>

<https://victimsofcrime.org/help-for-crime-victims/get-help-bulletins-for-crime-victims/victims'-rights>

<https://www.ovc.gov/rights/legislation.html>

<https://victimsofcrime.org/help-for-crime-victims/get-help-bulletins-for-crime-victims/victim-impact-statements>

<http://www.institucionpenitenciaria.es/>

<http://oatpfe.es/>

Capítulo VI

INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL DEL CONDENADO

Radad Sennouni El Harti

1. ESTATUS DE LA PARTE PASIVA PENAL. DERECHOS Y OBLIGACIONES

Las partes pasivas en el proceso penal pueden ser de carácter penal o civil en cuanto al objeto procesal.

Por una parte, estará la parte acusada, que es aquella que se ve sometida al proceso penal por considerarse posible responsable de la comisión de hechos delictivos regulados en el Código Penal, y cuyo derecho a la libertad o al disfrute de otros derechos, dependiendo de la naturaleza de la pena, se encuentra amenazado. Tras la reforma del Código Penal del año 2010, esta parte puede ser tanto una persona física, como una persona jurídica.

Además de la parte acusada, la parte pasiva puede estar conformada también por la participación de responsables civiles cuando en el mismo proceso se produce la acumulación de la acción civil a la acción penal.

1.1. Parte pasiva penal

Dependiendo del momento procesal, la parte pasiva se designa con una terminología diferente. Así, en un primer momento, se le denominará “denunciado” o “querrellado” cuando se haya presentado la denuncia o querrela que haya dado comienzo al proceso; recibirá el nombre de “investigado” o “encausado” cuando existan indicios suficientes de su participación en el hecho aparentemente delictivo; con el término “procesado” se conocerá, en la fase de instrucción del procedimiento ordinario, a la persona física o jurídica contra la que se dicte auto de procesamiento, es decir, recibirá ese nombre cuando se confirmen los indicios racionales de criminalidad; el sujeto pasivo recibirá el nombre de “acusado” cuando las partes acusatorias hayan formulado sus escritos provisionales de acusación, y la acción penal se dirija contra una persona determinada; en último lugar, cuando se haya decidido definitivamente sobre el *ius puniendi*

y la persona haya sido declarada culpable en la sentencia con la imposición de la pena correspondiente, pasará a denominarse “condenado” o “penado”.

Cabe señalar que el legislador ha sustituido, en la última reforma del Código Penal recogida en la LO 13/2015, el término “imputado” por “investigado” en la fase de instrucción, y por “encausado” tras el auto formal de acusación. La razón de esta modificación es que el legislador entiende que los términos utilizados hasta el momento tenían cierta connotación culpabilística hacia las personas incurso en el proceso.

1.2. Parte pasiva civil

En estos casos, puede ocurrir que el ofendido no sea el único perjudicado, y que el autor del delito no sea el único obligado a responder civilmente por los daños causados¹. Por lo tanto, la parte pasiva civil será aquella contra la que se dirige la pretensión resarcitoria, pero esta parte a su vez está dividida entre aquellos cuya obligación sea principal, y aquellos cuya obligación sea subsidiaria. Contra los primeros podrá ser dirigida la acción resarcitoria desde el principio, mientras que, contra los segundos, únicamente podrá dirigirse cuando la primera pretensión no haya prosperado².

La doctrina se divide entre los autores que consideran que debe denominarse responsable civil únicamente a los sujetos que no han tenido participación en el hecho delictivo, excluyendo de este modo al sujeto responsable criminalmente, y los autores que incluyen dentro del concepto de responsable civil al autor de los hechos criminales. Dentro del primer grupo de autores encontramos a Navarrete, que señala que “responsable civil es el sujeto que, con arreglo a nuestro derecho punitivo, es posible imputarle en el proceso penal única y exclusivamente la responsabilidad civil derivada del hecho punible. Desde este punto de vista, el responsable civil siempre es una persona distinta de la que aparece como imputado en el proceso penal”³.

Dentro del segundo grupo de autores encontramos a ARNAIZ SERRANO y a MORENO CATENA⁴, entre otros, que consideran responsable civil a todo aquel contra el que se puede dirigir la pretensión resarcitoria. En este trabajo se ha seguido esta opinión.

Asimismo, es necesario precisar, como señala Arnaiz Serrano en su obra, que existe la posibilidad de que “sujetos personados en el mismo proceso adquieran una doble

¹ ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Las partes civiles en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Pp. 260.

² Ibid. Pp. 261.

³ LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Aproximación al estudio del responsable civil como parte civil en el proceso penal*. RDPriB, 1983. Apud ARNAIZ SERRANO, Amaya. Op. cit. Pp. 262.

⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* [en línea]. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pp. 104. [Consulta: 3 noviembre 2016]. Disponible en: <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491192015#ulNotainformativaTitle>.

condición como consecuencia del ejercicio acumulado de acciones”⁵, y estos sujetos pueden ser tanto el propio imputado, como el resto de sujetos del proceso. De este modo, podrán ocupar tanto el lado activo como pasivo de la acción resarcitoria, y ser al mismo tiempo tanto responsable civil como perjudicado⁶.

En cualquier caso, esa doble condición reviste carácter excepcional debido a la complejidad y al confusionismo de un proceso con esos términos, por lo que sólo podrá seguirse cuando quede garantizada la tutela judicial efectiva⁷.

Dentro de este tipo de sujetos pasivos, deberemos distinguir entre los responsables civiles directos y los subsidiarios.

a) Responsables civiles directos

La regulación de los primeros se encuentra en los artículos 109 y 116 del CP, que declaran la responsabilidad civil de aquel que cometa los hechos delictivos que produzcan daños o perjuicios; el artículo 117 del CP, que señala la responsabilidad civil de las compañías aseguradoras; el artículo 118 y 119 del CP, que establece la responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad criminal previstos por el artículo 20 del CP, así como la obligación del órgano judicial de fijar las responsabilidades civiles en la sentencia absolutoria, salvo expresa reserva de las acciones; el artículo 122 del CP, que establece la responsabilidad civil de aquellos que hayan participado a título lucrativo en los hechos criminales; y por último, en el artículo 61 de la LO 5/2000, en el que se fija la responsabilidad de los padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, por los delitos y faltas cometidos por los menores de edad mayores de 14 años⁸.

Cuando el delito o la falta fuese causado por más de una persona, el órgano judicial será el encargado de fijar en la sentencia la cuota que deberá pagar cada uno, estando la relación interna entre los partícipes sometida al principio de responsabilidad mancomunada⁹. A pesar de esta obligación, el CP no establece ningún criterio para fijar las cuotas, y habrá que fijar una cuota proporcional a la contribución al daño de cada partícipe¹⁰.

⁵ ARNAIZ SERRANO, Amaya. Op. Cit, pp. 263.

⁶ Esta idea viene respaldada por la doctrina y la jurisprudencia. Esta dualidad en la posición procesal puede ocurrir en dos supuestos: cuando el responsable civil por hecho ajeno (subsidiario) también resulte perjudicado por los hechos delictivos, y cuando el acusado sea también acusador como consecuencia de la acumulación de acciones (artículo 781.1 LECRIM).

⁷ ARNAIZ SERRANO, Amaya. Op. Cit, pp. 266.

⁸ ROIG TORRES, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pp. 355 – 384.

⁹ Ibid, pp. 267 – 278.

¹⁰ Especialmente clarificadora es la STS de 26 de septiembre de 1997 (FJ 2), cuando señala: “(...)entendemos erróneo medir el grado de responsabilidad civil por el grado de culpabilidad penal, pues no del hecho de que ésta sea menor (imprudencia y no delito doloso) tenga que ser menor la cuantía indemnizatoria, máxime,

Cuando el Juez o Tribunal no fije las cuotas en la sentencia, será motivo de casación. Sin embargo, teniendo en cuenta la aplicación supletoria del CC¹¹, el Tribunal Supremo aplica el artículo 1138 del CC, y se presumirá dividida la responsabilidad civil en partes iguales cuando estemos ante un único delito con el mismo grado de participación al daño de los responsables penales¹².

Cabe señalar que las cuotas únicamente tienen importancia en las relaciones internas entre los responsables civiles. Como señala FERREIRO BAAMONDE, el objetivo del legislador al establecer este sistema de responsabilidad solidaria y subsidiaria entre los responsables de los daños y perjuicios es la protección de la persona perjudicada, favoreciendo el cobro de la indemnización en caso de insolvencia de alguno de ellos, debiendo asumir la cuota del insolvente el resto de partícipes del hecho delictivo¹³.

En lo que respecta a la relación externa de los responsables civiles con el perjudicado, rige la solidaridad. El objetivo del legislador es proporcionar mayor protección al perjudicado, de manera que éste pueda dirigirse contra cualquiera de los responsables. Este aspecto está regulado en el artículo 116.2 del CP, aunque no existe una única línea doctrinal y jurisprudencial sobre la interpretación del mismo.

Podemos mencionar tres tendencias diferentes. La primera de ellas realiza una interpretación literal del artículo 116.2 del CP, defendiendo la solidaridad de cada grupo entre sí, es decir, entre los autores y entre los cómplices, y la subsidiaridad entre cada uno de los grupos. La segunda considera que existe una relación de solidaridad entre todos los responsables penales, sin importar el grado de participación, frente al perjudicado, rigiendo las reglas de solidaridad y subsidiaridad del artículo 116.2 del CP únicamente las relaciones internas¹⁴. Por último, la tercera afirma que son los autores los obligados a hacer frente al pago del importe al perjudicado, mientras que los cómplices únicamente responderán de manera subsidiaria¹⁵.

como ocurre en el presente caso, cuando no es aplicable el concepto de "compensación de culpas", ya que los sujetos pasivos, víctimas o afectados por el delito en cuestión en nada influyeron (obvio es decirlo) en la comisión del mismo. Insistimos, el grado de culpabilidad o antijuridicidad sólo tiene incidencia en la calificación jurídico-penal de la acción enjuiciada, pero no en los resultados indemnizatorios que de ella surjan o se provoquen, de tal manera que en la misma cuantía es responsable el que comete el hecho con dolo, que el que lo realiza por simple imprudencia".

¹¹ Vid. el inciso 3 del artículo 4 CC.

¹² Así lo señala la STS de 26 de septiembre de 2002 cuando dice: "(...) habiendo sido condenados todos los acusados, por el delito de detención ilegal, en concepto de autores, y habiéndoseles impuesto, por su responsabilidad criminal, la misma pena de dos años de prisión a cada uno, es patente que la responsabilidad civil consiguiente deberá responder al mismo criterio (...), por aplicación también de lo establecido en los artículos 1137 y 1138 del Código Civil (...)".

¹³ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. Op. Cit. Pp. 433.

¹⁴ Esta es la opinión de ARNAIZ SERRANO, op. cit., que señala que la interpretación más acorde a los principios del Derecho civil sería la que establece la responsabilidad solidaria tanto de los autores como de los cómplices en lo que respecta a la relación externa con el perjudicado.

¹⁵ Vid. nota 50.

Cuando alguno de los responsables civiles satisfaga una cuantía mayor que la que le corresponde por sentencia, éste dispondrá del derecho de repetición contra los demás.

Además de los responsables penales, también podrán ser responsables civiles directos las compañías de seguros¹⁶ por los daños cubiertos por el seguro obligatorio, o por el suscrito voluntariamente por el asegurado. También establece esa acción directa contra el asegurador el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y el artículo 7 de la LRCSCVM. Por otro lado, el artículo 11 de la LRCSCVM señala los supuestos en los que el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros. La personación en el proceso de la aseguradora será obligatoria en el caso de seguros voluntarios, mientras que en el caso de los seguros obligatorios no podrá ser parte en el proceso, salvo en las cuestiones relacionadas con la fianza.

El objetivo del legislador al introducir el artículo 117 en el CP era permitir el tratamiento de la compañía aseguradora como un responsable civil directo¹⁷, beneficiando a la parte agraviada por los hechos delictivos.

En cualquier caso, la compañía aseguradora, o en su caso el Consorcio de Compensación de accidentes, tendrán el derecho de repetición contra quien proceda, mediante el procedimiento declarativo ordinario que corresponda según la cuantía, en un plazo de dos años.

El artículo 118 del CP establece una serie de supuestos en los que la exención de la responsabilidad penal no supondrá una exención de la responsabilidad civil, siendo suficiente con la existencia de unos hechos inicialmente delictivos, la causación de daños o perjuicios y la relación de causalidad material entre los hechos delictivos y el daño producido¹⁸.

En primer lugar, se regula el supuesto de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica y alteraciones de la percepción¹⁹. En estos casos serán responsables también las personas que dispongan de la potestad o la guarda legal o de hecho de los inimputables, siempre que hayan actuado mediante dolo o negligencia. En cualquier caso, serán responsables solidarios junto con las personas inimputables penalmente²⁰.

En segundo lugar, el ebrio o intoxicado será responsable civil, pese a no serlo penalmente. Algunos autores consideran que se podría realizar una interpretación análo-

¹⁶ Vid. artículo 117 del CP.

¹⁷ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. Op. cit. Pp. 437-438.

¹⁸ Tal y como señala ARNAIZ SERRANO, Amaya. Op. cit. pp. 315: "En este punto se pone una vez más de manifiesto que la denominada responsabilidad civil *ex delicto* no nace del delito, sino de la comisión de un ilícito civil, pues pese a que en estos casos no es posible la imputación del sujeto o bien su declaración como responsable penalmente, la obligación indemnizatoria no sólo no se extingue, sino que, además, podrá ser declarada en el proceso penal en curso".

¹⁹ Véanse los incisos 1 y 3 del artículo 20 del CP.

²⁰ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. Op. Cit. Pp. 433.

ga de este supuesto, aplicándolo también en el caso de que el sujeto se encuentre bajo el síndrome de abstinencia²¹.

En tercer lugar, la ley hace referencia a los hechos delictivos cometidos en una situación de estado de necesidad, con miedo insuperable o mediando error. El estado de necesidad deberá ser exculpan²² para poder aplicar el artículo 118.1 del CP, y será responsable civil directo la persona en cuyo beneficio se haya evitado el mal, ya sea el autor u otra persona²³.

En el caso de que se actúe bajo miedo insuperable, responderá, en primer lugar, la persona que hubiese causado el miedo²⁴; y si no hubiese, o si fuese insolvente, la persona que hubiese ejecutado el hecho.

En los supuestos de error, el autor de los hechos delictivos será responsable civil directo. El artículo 118.2 del CP será aplicable únicamente en los casos de error invencible, tanto de tipo como de prohibición, y en los casos de error vencible de tipo cuando no esté prevista la comisión imprudente de ese delito en el CP²⁵.

Los menores de edad y mayores de 14 años responderán de manera solidaria junto con sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho, por ese orden²⁶, por los daños causados por sus hechos delictivos²⁷. La ley no exige culpa o negligencia de los padres, al contrario que en el caso de los inimputables, en el que es requisito indispensable para declararles responsables civiles directos que exista dolo o negligencia²⁸.

²¹ De esta opinión es ARNAIZ SERRANO, Loc. cit.

²² Sobre este asunto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que únicamente existirá responsabilidad civil cuando estemos ante un estado de necesidad exculpan²², que es aquel supuesto en el que existe un conflicto de bienes iguales y en el que para salvar uno de los bienes es necesario sacrificar el otro. Si estuviésemos ante un estado de necesidad justificante, en el que los bienes en conflicto son desiguales, sacrificando el de menor valor, entonces estaremos ante un eximente tanto de la responsabilidad penal como de la civil. Sin embargo, cabe señalar que existen autores que consideran que esta solución es contraria a la justicia material, defendiendo la aplicación del artículo 118.1 del CP tanto en los casos de estado de necesidad exculpan²², como justificante. Como señala ARNAIZ SERRANO, op cit., pp.331: "(...) en los supuestos de estado de necesidad justificante la conducta no es ilícita y, por tanto, no es susceptible de generar responsabilidad civil. De ahí que la mayoría de los autores encuentren el fundamento de esta obligación en el enriquecimiento injusto, dado que el principio según el cual nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro sin causa justa o razón quebraría si permitiésemos que el perjudicado por la conducta realizada bajo estado de necesidad tuviese que soportar un daño que no se encuentra obligado a sufrir".

²³ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. Op. cit. Pp. 434

²⁴ Es necesario que la persona causante del miedo no haya actuado de manera fortuita o casual, sino con la intención de que la persona bajo la influencia del miedo cometiese el hecho delictivo.

²⁵ Vid. nota 50.

²⁶ De acuerdo al artículo 61.3 LORPM, deberá seguirse ese orden. Sin embargo, parte de la doctrina considera que esta cláusula es totalmente injusta, ya que implicaría que los padres siempre serían los primeros en responder de manera solidaria, a pesar de que el menor estuviese bajo la tutela de otra persona en el momento de la comisión del delito o la falta. Por esta razón, estos autores consideran que debe entenderse como responsable civil solidario aquella persona encargada legalmente del menor.

²⁷ Vid. inciso 3 del artículo 61 LORPM.

²⁸ ROIG TORRES, Margarita. Loc. cit.

Por último, los partícipes de los efectos del delito a título lucrativo²⁹ también serán declarados responsables civiles directos³⁰, aunque como señala ARNAIZ SERRANO, “(...) en sentido estricto no puede considerarse como un supuesto de responsabilidad civil dado que su *ratio* no se halla en el daño sino en el enriquecimiento injusto”³¹, por lo que la indemnización alcanzará al beneficio obtenido, y no el daño causado. El artículo 122 del CP obliga a quienes a título lucrativo se han beneficiado de los efectos de un delito o falta a restituir la cosa recibida, o resarcir el beneficio obtenido. Sólo entrarán dentro de este supuesto aquellas personas que se hayan beneficiado injustamente sin conocimiento del delito o falta, ya que, en caso contrario, serían considerados responsables penales, y sería de aplicación el artículo 116 del CP.

b) Responsables civiles subsidiarios

La regulación de los responsables civiles subsidiarios la encontramos en los artículos 120 y 121 del CP, que enumeran los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria de terceros ajenos al delito derivada de una relación especial entre el responsable penal y el tercero, o entre el tercero y el hecho delictivo³².

Cabe destacar que los jueces y tribunales han ido realizando una interpretación cada vez menos exigente, así como una aplicación analógica de estos artículos con el objetivo de favorecer a la parte perjudicada³³.

Los responsables civiles subsidiarios serán parte del proceso, por lo que es necesaria su citación a instancia del Ministerio fiscal o de la acusación particular, siendo precisa la asistencia de abogado y procurador cuando la responsabilidad civil derive de delito, y teniendo las mismas facultades que el resto de partes en del proceso penal, pero limitadas al objeto civil.

Los posibles responsables civiles subsidiarios³⁴ son:

En primer lugar, los padres o tutores, siempre que haya culpa o negligencia³⁵, por daños y perjuicios causados por los mayores de 18 años sujetos a su patria potestad o

²⁹ Como establece la STS 1413/2016, de 14 de julio de 2016, estos son los requisitos para la aplicación del artículo 122 del CP: “a) Existencia de un delito precedente o matriz del que se deriven los efectos del que participa como responsable lucrativo. b) Aprovechamiento (...) de los efectos del delito continuado de estafa cometido (...), sin que proceda su condena como partícipes en el mismo a título de autor o cómplice; c) Desconocimiento por los mismos de que proceden de un hecho ilícito. d) La participación a efectos de aprovechamiento civil tiene como causa un título lucrativo (sin contraprestación alguna) no un título oneroso”.

³⁰ Vid. artículo 122 CP.

³¹ ARNAIZ SERRANO, Amaya. Op. cit., pp. 230.

³² Ibid, pp. 367 - 476

³³ ROIG TORRES, Margarita. Op. cit., pp. 444 – 507.

³⁴ Vid. artículo 120.

³⁵ Vid. STS 13 de septiembre de 2002.

tutela y que residan con ellos. Además, en este último caso debe existir una relación de causalidad entre la culpa o negligencia de los padres o tutores y los hechos delictivos cometidos. La diferencia con el supuesto recogido en el artículo 118.1 CP se encuentra en la declaración de inimputabilidad del mayor de edad bajo la patria potestad o tutela. En este caso, el sujeto autor de los hechos delictivos no debe ser declarado inimputable.

En segundo lugar, los titulares de medios de difusión por delitos o faltas cometidos con dichos medios³⁶. Serán responsables civiles subsidiarios las personas físicas o jurídicas titulares de cualquier medio de difusión escrita, hablada o visual, por los hechos delictivos cometidos mediante su uso. Este artículo debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 30 del CP, que establece un régimen privilegiado de responsabilidad penal en cascada para los conocidos como “delitos de imprenta”³⁷.

En tercer lugar, los titulares de establecimientos, cuando el delito o falta sea cometido por la infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido por parte de los responsables o administradores, o por sus empleados³⁸. En este supuesto, los Jueces y Tribunales también han realizado una interpretación amplia y analógica, dando lugar a la “teoría del riesgo” como fundamento de dicha responsabilidad subsidiaria, que defiende que ha de responder por los perjuicios aquel que se ha beneficiado de la actividad de una persona³⁹.

En cuarto lugar, los titulares de industrias o comercios por delitos o faltas cometidos por sus empleados, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones⁴⁰. La jurisprudencia exige dos requisitos: el primero de ellos, que el infractor haya actuado bajo la dependencia del responsable subsidiario o con su consentimiento, excluyéndose la responsabilidad cuando haya existido prohibición expresa del titular; y el segundo, que la infracción se haya producido en el ejercicio de sus funciones, ya sea de manera normal o anormal⁴¹. El fundamento de la responsabilidad subsidiaria en este supuesto se encuentra en la “culpa in vigilando” o en la “culpa in eligendo” de la persona física o jurídica titular del establecimiento. Sin embargo, cabe señalar que, como en el supuesto anterior, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha venido siguiendo la “teoría del riesgo”.

En quinto lugar, las personas titulares de vehículos capaces de crear riesgos para terceros por delitos cometidos mediante su utilización por sus dependientes, represen-

³⁶ Vid. inciso 2 del artículo 120 del CP.

³⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal Español en materia de codelinencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos* [en línea]. Nuevo Foro Penal, 2013. Vol. 9, Nº 81, pp. 68-92. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4608178.pdf>

³⁸ Vid. inciso 3 del artículo 120 del CP.

³⁹ ROIG TORRES, Margarita. Loc. cit.

⁴⁰ Vid. inciso 4 del artículo 120 del CP.

⁴¹ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op. cit. Pp. 129- 132.

tantes o personas autorizadas⁴². Nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, ya que no se exige culpa ni negligencia. Además, se presume el consentimiento del propietario, invirtiéndose la carga de la prueba.

Este artículo es aplicado de manera analógica por la jurisprudencia, declarando responsables civiles subsidiarios a los titulares de otros instrumentos peligrosos cuya utilización cree riesgos para terceros.

Por último, serán responsables civiles subsidiarios las Administraciones Públicas por los delitos dolosos o culposos –y no así por las faltas– cometidos por autoridad, agentes, contratados y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones⁴³. La diferencia entre este supuesto y el artículo 120.3 del CP radica en la relación existente entre la persona que haya generado los daños y la Administración Pública. En el caso de que no exista relación de dependencia funcional con las personas criminalmente responsables, sino que la responsabilidad civil subsidiaria derive del lugar donde se produjeron los hechos delictivos, entonces será aplicable el artículo 120.3 del CP⁴⁴.

A pesar de que la jurisprudencia del TS apoya esta idea, existen autores que defienden que el artículo 120.3 del CP únicamente es aplicable a personas físicas y jurídicas privadas⁴⁵, siendo de aplicación a las Administraciones Públicas el artículo 121 del CP. Estos autores defienden que en los supuestos en los que se cometan hechos delictivos en establecimientos cuya titularidad pertenece a una Administración Pública, ésta responde “técnicamente” y no de manera subsidiaria ni objetiva, ya que la responsabilidad deriva de la infracción de su deber de cuidado, existiendo “culpa in vigilando”⁴⁶.

c) La responsabilidad solidaria y subsidiaria en el proceso de menores

Cuando los responsables del ilícito penal son mayores de 14 años y menores de 18 años⁴⁷, el CP deja paso a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la respon-

⁴² Vid. inciso 5 del artículo 120 del CP.

⁴³ Vid. el artículo 121 del CP.

⁴⁴ En este sentido se pronunció la STS de 31 de enero de 2001: “A juicio de esta Sala esto es precisamente lo que fundamenta la estimación del reproche: el art. 121 C.P. regula la declaración de la responsabilidad civil del Estado en el ámbito penal en aquellos supuestos en que los daños a reparar hayan sido causados por los criminalmente responsables de los delitos que generan dichos daños cuando sean autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos. Lo cual no quiere decir que, cuando no concurren estos presupuestos, no sea posible la exigencia de esa responsabilidad por otros cauces que también están previstos en el Código, como el que previene el art. 120.3, en el que el legislador parte de otras situaciones distintas, enmarcando en su ámbito de aplicación a toda clase de personas jurídicas, tanto públicas como privadas, que sean titulares del establecimiento en el que se comete el hecho delictivo, alcanzando este elemento del lugar del suceso, una especial y decisiva relevancia para la aplicación del precepto que nada tiene que ver con el art. 121”.

⁴⁵ MARTÍNEZ NOVELLA, Susana. *La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales* [en línea]. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009. Pp. 214 – 221.

⁴⁶ ROIG TORRES, Margarita. Loc. cit.

⁴⁷ La responsabilidad civil ex delicto de los menores de 14 años quedará regulada por el CC.

sabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM). La responsabilidad civil se encuentra regulada en el Título VIII.

Esta LO concibe en su exposición de motivos la reparación de la víctima de una manera mucho más amplia que el CP, incluyendo “la conciliación del delincuente con la víctima” como parte de la misma. Además, se permite que esa conciliación conlleve el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones⁴⁸.

El artículo 61.3 LORRPM establece que responderán solidariamente junto a los menores responsables, siguiendo este orden, los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho.

Estamos ante una responsabilidad objetiva, aunque el legislador en el artículo 61.3 in fine permite que el Juez o Tribunal modere esa responsabilidad cuando los responsables solidarios antes citados no hayan actuado mediante dolo o negligencia grave. En cualquier caso, no es posible exonerar a los responsables solidarios de toda la responsabilidad, debido a que, como ya hemos señalado, es objetiva⁴⁹.

En el caso de concurrencia de varios menores responsables, será de aplicación el artículo 116 CP, de modo que los coautores y los cómplices responderán solidariamente por sus cuotas, cada uno dentro de su clase, y subsidiariamente por las de los demás.

Por otro lado, cuando concurren mayores y menores de edad, la responsabilidad civil podrá pedirse tanto en el procedimiento de menores como en el de adultos para evitar de este modo el enriquecimiento injusto que se produciría si la persona perjudicada cobrase la indemnización en ambos procedimientos⁵⁰.

1.3. Derechos y obligaciones

En cuanto a los derechos y obligaciones de la parte pasiva, éstos también dependerán del momento procesal en el que se encuentre. La principal obligación de la parte pasiva es su sometimiento al proceso. En relación a los derechos, en primer lugar, debemos acudir a la norma suprema de nuestro ordenamiento, la Constitución española, y concretamente, al artículo 24.

De la lectura de dicho artículo se extrae el Derecho a la tutela judicial efectiva. Éste se encuentra reconocido como derecho fundamental en la propia Constitución⁵¹, aunque, como señala el Tribunal Constitucional, es un derecho de prestación, “siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y

⁴⁸ MARTÍN RÍOS, Pilar. Op. cit. Pp. 140.

⁴⁹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Responsabilidad civil derivada de infracciones penales cometidas por menores: aspectos sustantivos y procesales. [En línea]. Pp. 14-15. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/JoseMiguelResponsabilidad.pdf>

⁵⁰ Ibid. Pp. 54 – 55.

⁵¹ Vid. el inciso 1 (prohibición de indefensión) y el inciso 2 (derecho a la defensa) del artículo 24 CE.

directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de configuración legal”⁵². De este modo, este derecho se traduce en una serie de derechos instrumentales, a los que denominaremos derechos fundamentales procesales⁵³, recogidos en la Ley⁵⁴. El núcleo central de este Derecho es el libre acceso a la jurisdicción, es decir, a ser parte en el proceso, eliminando todos aquellos obstáculos que impiden o dificultan dicho acceso.

La titularidad del Derecho a la tutela judicial efectiva y de todos los derechos fundamentales procesales, pertenecen tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas privadas, y sólo de manera excepcional, a las personas jurídicas públicas.

Cabría dividir los derechos y garantías de la parte pasiva según nos encontremos o no dentro del proceso, es decir, en la fase no judicial o en la fase judicial⁵⁵.

Por un lado, en la fase no judicial nos encontramos con el derecho a la libertad personal, el Derecho de Habeas Corpus, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la legalidad.

Por otro lado, en la fase judicial, la parte pasiva del proceso se encuentra protegida por el principio *pro actione* y por una serie de derechos y garantías, que, aun siendo funcionalmente autónomos, son inseparables e imprescindibles para ofrecer una tutela judicial efectiva, integrándose dentro del contenido de la misma. Son los siguientes⁵⁶:

- Derecho a no sufrir indefensión. Existirá indefensión cuando se impida o se obstaculice la defensa de sus intereses a cualquiera de las partes del proceso. Estamos ante “una cláusula de cierre”, como expone el Profesor Ortega Gutiérrez⁵⁷, o ante un “concepto jurídico indeterminado”, como indica el letrado Jaime Suau Morey⁵⁸, que en un sentido amplio comprende cualquier violación de las garantías y derechos que engloba el artículo 24 de la Constitución española. Este Derecho ya existía antes de la Constitución española bajo el principio “nemine damnatur sine audiat”, que como indica el Tribunal Constitucional, “se conculca... cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, proscribiendo la desigualdad de las partes”⁵⁹. Por lo tanto, la indefen-

⁵² STC 99/1985, de 30 de septiembre. FJ 4.

⁵³ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal: las garantías del proceso penal*. Librería-Editorial Dykinson, 2002.

⁵⁴ ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *Síntesis del artículo 24 C.E.* Congreso de los Diputados, 2011.

⁵⁵ SALAH PALACIOS, Emilio. *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1981 – 2014. Madrid. Cultiva Libros, 2015, p. 86.

⁵⁶ Ibid, p. 88 -145

⁵⁷ ORTEGA GUTIÉRREZ, David. Loc. Cit.

⁵⁸ SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina. *Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988X, número 21, 2003. P. 601-616.

⁵⁹ Vid. la STC 4/1982, de 8 de febrero. FJ 5.

sión consiste en no permitir o dificultar, por el órgano judicial, que una de las partes ejerza el derecho fundamental de defensa, impidiendo que alegue o haga uso de sus derechos en el proceso⁶⁰, y, por consiguiente, causando desigualdad entre las partes. Para responder a la pregunta de si ha existido indefensión de una de las partes en un proceso deberemos comprobar si el órgano judicial ha actuado con la diligencia procesal razonable, y si ambas partes han tenido la posibilidad real de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, sin haber sufrido la privación o limitación de manera ilegítima de los medios de defensa.

- Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a un juez imparcial y a su recusación. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 47/1983 (FJ 2), el artículo 24.2 de la Constitución española exige, en un primer momento, “que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional”. Exige, del mismo modo, “que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente”. De esta manera, lograría cumplirse con la garantía de imparcialidad e independencia que exige la Constitución española, así como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Derecho a la defensa y a la asistencia letrada, a procurador y a intérprete. El derecho a la defensa, y concretamente el derecho a la defensa contradictoria en el caso de la parte pasiva del proceso, es aquel que obliga a que en todos los procesos penales las partes contendientes tengan la oportunidad de usar los medios legales suficientes para ejercer su defensa. Este derecho engloba el derecho de igualdad de armas procesales, el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no confesarse culpable, y el derecho a la presunción de inocencia⁶¹. En relación con el derecho a la asistencia letrada, éste hace referencia a la asistencia de un abogado a elección las partes del proceso, que actuará desde el momento de su nombramiento como *alter ego* procesal. Sin embargo, no cabe negar el acceso al proceso penal por la ausencia de elección de letrado para la defensa, siendo en estos casos, cuando su presencia sea preceptiva, necesaria la

⁶⁰ SALAH PALACIOS, Emilio. Op. Cit. 93.

⁶¹ La presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho para convertirse en un derecho fundamental vinculante para todos los poderes públicos. Cfr. Ortega Gutiérrez, David. Loc. Cit.

designación de oficio de un profesional que realice una representación y una asistencia técnica real operativa⁶². En el supuesto de que la asistencia letrada sea potestativa, no se puede privar a ninguna de las partes procesales a su derecho a la asistencia letrada, sino que serán éstas las que elijan entre la defensa técnica de un abogado y la autodefensa, siendo obligatoria la asignación de un abogado de oficio para todas aquellas personas que tengan reconocido el beneficio de pobreza⁶³ y así lo elijan. Relacionado con el derecho precedente, debe respetarse el derecho a la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de sus funciones como defensor de su patrocinado. En lo que atañe al Derecho a interprete, el artículo 6.3.e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que el órgano judicial que conozca de la causa tendrá la obligación de poner a disposición de cualquiera que no hable o comprenda la lengua empleada por el mismo, de manera gratuita, un intérprete. Es un derecho subsidiario del Derecho de defensa, que exige que la persona sea informada de la acusación. Tanto el derecho a la asistencia de abogado y de interprete, como el derecho a ser informado sobre la imputación, del que hablaremos a continuación, se surgen desde las diligencias policiales, de manera que se garantiza el derecho de defensa desde el inicio de las actuaciones persecutorias contra una persona determinada⁶⁴. En cuanto al momento de finalización, el derecho de defensa termina con la obtención de una resolución firme, que acabe de manera definitiva con todo el proceso⁶⁵.

- Derecho a ser informado de la acusación. La parte pasiva del proceso tiene derecho a conocer la imputación, que debe llegar al conocimiento de la persona imputada a través de la resolución judicial. En el caso de personas jurídicas, será la persona designada como representante la que deberá ser informada de la imputación. Como señala el Tribunal Constitucional en la STC 186/1990 (FJ 5), “tan pronto como el Juez instructor, tras efectuar una provisional. ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea, la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción. En segundo término, exige también la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus

⁶² Ibid, p. 277 – 280.

⁶³ El beneficio de pobreza se encuentra regulado en el artículo 119 de la Constitución española, desarrollado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁶⁴ Vid. artículo 118 de la LECrim.

⁶⁵ Vid. artículo 767 de la LECrim.

derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa”. No debe informarse únicamente de la imputación, también existe el deber de los poderes públicos de informar de cualquier modificación que se produzca durante el proceso.

- Derecho a una resolución judicial motivada, razonada y fundada en Derecho. A pesar de que el artículo 120.3 de la Constitución española únicamente establece la obligación de motivar las sentencias, el Tribunal Constitucional ha extendido esa obligación a todas las resoluciones judiciales, considerando esa motivación necesaria para el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. De este modo, se intenta evitar la arbitrariedad de las decisiones judiciales⁶⁶. De este derecho deriva el derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales, que exige que los jueces y tribunales resuelvan en función de aquello solicitado en el escrito de acusación.
- Derecho a un proceso justo, público y con todas las garantías. La causa debe ser oída de manera equitativa, públicamente y sin dilaciones indebidas, es decir, dentro de un plazo razonable. La publicidad actúa como una garantía para el acusado. En relación a las garantías del proceso penal, deben ser respetados a lo largo de todo el proceso los siguientes principios: el principio *in dubio pro reo*, que debe servir como norma de cierre para la resolución de las dudas judiciales respecto a la culpabilidad de la parte pasiva⁶⁷; la prohibición de valoración de pruebas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales; principio de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción del proceso penal; principio de legalidad, tipicidad, retroactividad de aquello que favorezca a la parte penada, e irretroactividad de la ley penal desfavorable para el penado; y principio de proporcionalidad, de seguridad jurídica, de igualdad y de oportunidad.
- Derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia esperada por el ordenamiento. La parte pasiva del proceso tiene derecho a que se respete el principio de cosa juzgada material, excluyendo la posibilidad de nuevos procedimientos con idéntico objeto procesal⁶⁸.
- Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, y a que no se vea perjudicada la posición del apelante o recurrente por la sentencia dictada para resolver el recurso (prohibición de *reformatio in peius*).

⁶⁶ Como señala la STC 25/2000, de 31 de enero. FJ 2. : “(...) resulta oportuno recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos”.

⁶⁷ VARONA MARTÍNEZ, Gema. *Tutela judicial efectiva: Derecho a un proceso con todas las garantías. Aplicación de la normativa antiterrorista*. IVAC/KREI, Donostia, 2009. P. 223 – 228.

⁶⁸ SALAH PALACIOS, Emilio. Loc. cit.

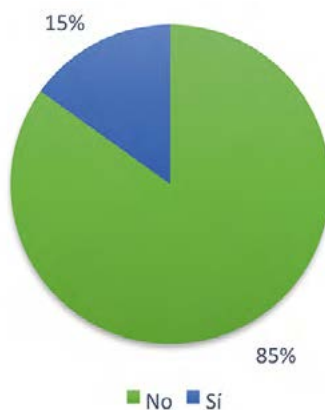
2. FINALIDAD DE LA AVERIGUACIÓN PATRIMONIAL

2.1. Adopción medidas cautelares

La acumulación de acciones implica que la sentencia penal puede incluir una condena de reparación a la víctima por el daño causado por los hechos delictivos. La protección de la víctima no debe limitarse a la sanción penal del delincuente, sino que debe lograr la reparación, en la medida de lo posible, de los daños sufridos como consecuencia del delito. Para ello, es necesario asegurar las posibles responsabilidades pecuniarias.

Uno de los objetivos de la averiguación patrimonial es la posible adopción de este tipo de medidas aseguratorias de la responsabilidad civil, para lo que es necesario llevar a cabo una investigación patrimonial del presunto responsable civil con la mayor brevedad y eficacia posible. De este modo, la adopción de medidas cautelares podría ser la solución al problema de impago de las indemnizaciones que hemos podido observar durante el análisis estadístico, asegurando el pago de las posibles indemnizaciones desde el inicio del proceso.

¿Se han adoptado medidas cautelares?



Como podemos observar en el gráfico, en la práctica no es muy común la adopción de este tipo de medidas destinadas a asegurar posibles penas pecuniarias, a pesar de que son medidas que el Juez o Tribunal debe adoptar de oficio cuando lo estime oportuno⁶⁹, y de que el Ministerio Fiscal también debe solicitar su adopción con carácter urgente como parte de su obligación de protección y defensa de la víctima. De un total de 1308 expedientes estudiados, sólo en 197 expedientes se adoptaron medidas cautelares reales.

⁶⁹ Así lo establece el artículo 589 LECrim.

En relación con las medidas cautelares reales o patrimoniales que pueden adoptarse para asegurar las responsabilidades pecuniarias⁷⁰, debemos destacar sus principales características, que son: la jurisdiccionalidad, que supone que solo pueden ser adoptadas por la autoridad judicial competente; la instrumentalidad, que implica que las medidas cautelares deben ser acordadas en el curso de un proceso penal; la oficialidad, que supone que no necesitan instancia de parte, sino que pueden ser adoptadas de oficio por el Juez o Tribunal⁷¹; y, por último, la provisionalidad, ya que los efectos derivados de las mismas tienen una duración limitada a la duración del proceso, extinguiéndose cuando se dicte la resolución final. Además, es necesario señalar que se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, que implica que pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento si las condiciones que motivaron su adopción han cambiado⁷².

2.2. Presupuestos para la adopción de medidas cautelares

Los presupuestos necesarios para la adopción de cualquier medida cautelar real son dos. El primero de ellos es el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, que exigirá la existencia de indicios de criminalidad⁷³, es decir, motivos suficientes para presumir la responsabilidad penal del presunto culpable. El segundo presupuesto es el *periculum in mora*, que, aunque no aparece explícitamente recogido en la LECrim para las medidas cautelares reales, la doctrina mantiene la opinión unánime de que es un principio informador de las medidas cautelares, y que, por ello, debe entenderse implícitamente reconocido⁷⁴. Este presupuesto consiste en el peligro de que durante la tramitación del proceso ocurran hechos que impidan la satisfacción de las respon-

⁷⁰ Como señala FERNÁNDEZ FUSTE (Op. cit. Pp. 299-300), la finalidad protectora de las medidas cautelares patrimoniales no alcanza únicamente la indemnización de la víctima, sino que abarca todas las condenas pecuniarias, incluyendo la pena de multa y las costas procesales.

⁷¹ La excepción a esta regla la encontramos en los casos en los que el responsable civil no sea la misma persona responsable penalmente. Cuando la medida cautelar real se dicte frente a tercero, será necesaria la instancia de parte. Así queda indicado en el artículo 615 LECrim.

⁷² Ibid. V.gr., si a lo largo del juicio se encuentran motivos suficientes para considerar que las responsabilidades pecuniarias excederán de la fianza o el embargo acordado durante la fase de instrucción. Mediante auto se podrá ampliar las medidas patrimoniales acordadas.

⁷³ La doctrina no tiene una opinión unánime acerca del momento en el que deben darse esos “indicios de criminalidad”, como señala MARTÍN RÍOS (Op. cit. Pp. 105). Una parte de la doctrina considera que será necesario que se haya dictado auto de procesamiento, mientras que la otra cree que no es necesario que se haya dictado ese auto de procesamiento para adoptar medidas cautelares. Es de esta opinión FERREIRO BAAMONDE (Op. cit. Pp. 440-441), que considera que hacer depender la adopción de medidas cautelares a la existencia de un auto de procesamiento iría en perjuicio de la víctima, e impediría en muchas ocasiones la efectiva realización de las responsabilidades civiles.

⁷⁴ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op. Cit. Pp. 305-306.

sabilidades pecuniarias. En el caso de las medidas cautelares reales, este presupuesto se considera cumplido por el propio transcurso del tiempo necesario para llegar a una resolución definitiva⁷⁵.

En este punto, debemos aclarar que en el caso de que las medidas cautelares deban ser adoptadas frente a terceros, el primer requisito, *fumus boni iuris*, exigirá que existan “indicios reveladores” suficientes de la responsabilidad civil del tercero, además de indicios suficientes de criminalidad contra el presunto responsable penal. Las medidas cautelares en este caso tendrán como objetivo únicamente la protección del futuro cumplimiento de las indemnizaciones dictadas⁷⁶.

Es necesario señalar que, si las medidas cautelares se acordasen frente al responsable civil subsidiario, existe un requisito adicional, que sería la acreditación de la insolvencia del responsable civil directo⁷⁷.

2.3. Momento para la adopción de medidas cautelares

Para conseguir el objetivo de las medidas cautelares es esencial que las mismas sean adoptadas desde el momento inicial del proceso, es decir, durante la fase de instrucción. Es en esta fase cuando deben apreciarse los indicios de criminalidad, o los indicios reveladores de la responsabilidad civil, necesarios para su adopción⁷⁸.

En cualquier caso, es necesario insistir en la necesidad de que las medidas cautelares se acuerden, como señala FERNÁNDEZ FUSTES⁷⁹, “tan pronto como el Juez de Instrucción llegue a la convicción de que efectivamente concurren los indicios de criminalidad en una persona determinada”.

En cuanto a si es posible adoptar medidas cautelares en cualquier momento del proceso, la doctrina no sigue una opinión unánime. La postura más adecuada para proteger los intereses de la víctima es aquella que permite la adopción de las medidas cautelares en cualquier momento siempre que hayan surgido los presupuestos necesarios. Esto permite que, si en algún momento cambiase la situación económica del responsable civil, se pudiesen tomar las medidas necesarias para proteger los intereses de las víctimas o las personas perjudicadas⁸⁰.

⁷⁵ MARTÍN RÍOS, Pilar. Op. Cit. Pp. 104.

⁷⁶ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op. cit. Pp. 304.

⁷⁷ MARTÍN RÍOS, Pilar. Op. cit. Pp. 108.

⁷⁸ Vid. Artículo 299 LECrim.

⁷⁹ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op.cit. Pp. 307-312.

⁸⁰ MARTÍN RÍOS, Pilar. Op. Cit. Pp. 106-107.

2.4. Medidas cautelares reales

En el procedimiento ordinario podrán adoptarse diferentes medidas para asegurar las responsabilidades civiles.

La principal medida cautelar prevista es la fianza, que podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria⁸¹. En defecto de ésta, cuando no se preste, puede adoptarse el embargo de bienes suficientes⁸². En relación a la regulación de estas medidas, la LECrim remite a la LEC para todo aquello no regulado por la normal procesal pena.

Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ⁸³, la fianza desde un punto de vista procesal puede definirse como aquella “(...) medida de aseguramiento directo que busca la disponibilidad de dinero de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y de valor conocido”.

La fianza puede ser prestada tanto por el obligado a ello como por una tercera persona en nombre del mismo. Cuando sea asumida por una persona distinta al obligado, se conocerá como fianza personal; será una fianza pignoratícia cuando consista en la entrega de bienes o valores que queden afectos a la futura ejecución de la Sentencia (derecho real de garantía); por último, estaremos ante una fianza hipotecaria cuando consista en la afectación de bienes inmuebles para la eventual ejecución mediante escritura pública, *apud acta* o ante notario⁸⁴.

La doctrina no ha llegado a un acuerdo en relación a quién debe determinar el tipo de fianza que debe prestarse. Mientras que AGUILERA PAZ opina que la elección debe realizarla el Juez o Tribunal, MORENO CATENA defiende que la facultad de elegir el tipo de fianza pertenece a la persona que debe prestarla⁸⁵.

Además de las dos medidas cautelares reales citadas, existen otras con idéntica finalidad, pero que no se encuentran recogidas junto a las otras dos en la ley procesal penal.

De este modo, podemos encontrar la intervención inmediata del vehículo⁸⁶, cuando no conste acreditada la solvencia del presunto responsable⁸⁷.

Otra de las medidas es la fijación de pensiones provisionales para aquellos asuntos que sigan un procedimiento abreviado (artículo 765.1 LECrim), cuando los daños y perjuicios deriven del uso y circulación de vehículos a motor y la responsabilidad civil se encuentre garantizada por un seguro obligatorio. La pensión será fijada por el Juez o Tribunal en función de las circunstancias concretas de cada caso y atendiendo a las

⁸¹ Según la opinión de FERNÁNDEZ FUSTES (Op. cit. 318), la enumeración del artículo 591 LECrim no es una lista *numerus clausus*, sino que podrán prestarse otros tipos de fianzas, como la bancaria o la de la entidad aseguradora.

⁸² Vid. Artículo 589 y ss. LECrim.

⁸³ MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. Op. cit. Pp. 322.

⁸⁴ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. Op. cit. Pp. 442.

⁸⁵ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op. cit. Pp. 318.

⁸⁶ Vid. artículo 764.4 LECrim.

⁸⁷ MARTÍN RÍOS, Pilar. Op. cit. Pp. 102.

necesidades de la víctima y las personas que estuviesen a su cargo. Deberán pagar la pensión el asegurador, hasta el límite del seguro obligatorio, o el Consorcio de Compensación de Seguros, cuando sea su responsabilidad civil⁸⁸.

Por último, una medida cautelar real de relevancia que no encontramos en la LE-Crim es la práctica de anotaciones preventivas sobre los bienes del posible responsable civil, a través de las cuales se puede asegurar el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias⁸⁹.

2.5. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares

El requerimiento de la fianza por parte del Juez de Instrucción se hará mediante auto dictado en pieza separada, en el que deberá fijarse la cuantía que debe ser afianzada, así como el embargo en caso de no prestarse fianza.

La cuantía será aquella que el juez estime oportuna bajo su prudente arbitrio teniendo en cuenta diferentes aspectos⁹⁰, aunque en cualquier caso no debe ser inferior a “la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias”⁹¹.

El obligado a prestar fianza deberá hacerlo en el plazo de 24 horas tras la notificación del auto para evitar el embargo de sus bienes. Sin embargo, no se trata de un plazo preclusivo, ya que se podrá prestar la fianza en cualquier momento del procedimiento pidiendo el levantamiento del embargo⁹².

Tras la prestación de la fianza, el juez deberá dictar auto calificando la suficiencia o insuficiencia de la misma para asegurar las posibles responsabilidades pecuniarias. Contra dicho auto cabrá recurso de reforma, y de manera subsidiaria, el de apelación.

Cuando la fianza se preste mediante bienes que necesiten tasación para conocer su valor, ésta será realizada por dos peritos nombrados por el Juez o Tribunal que haya dictado el auto que requiera la fianza. En cualquier caso, la tasación deberá realizarse con anterioridad a la calificación de suficiencia de la fianza.

Cuando la fianza sea insuficiente, la mayoría de los autores consideran que deberá procederse al embargo de bienes por la cantidad no afianzada⁹³.

⁸⁸ De acuerdo a algunos autores, como RAMÓN MÉNDEZ y SOLÉ RIERA (apud MARTÍN RÍOS, Pilar. Op. cit. Pp. 103), no habría ningún impedimento para aplicar el artículo 765.1 LECrim de manera extensiva a otro tipo de causas en las que existan responsabilidades pecuniarias.

⁸⁹ Ibid. Pp. 104.

⁹⁰ Como señala MARTÍN RÍOS (Op. cit. Pp. 102), deberá atenderse a: la posible multa, las costas procesales que pudiesen imponerse y la indemnización correspondiente a la responsabilidad civil ex delicto mediante la valoración de los daños y perjuicios causados.

⁹¹ Vid. artículo 589 *in fine*.

⁹² FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op. cit. Pp. 326.

⁹³ Ibid. Otros autores defienden que, ante la insuficiencia de la fianza, el juez deberá requerir al obligado a afianzar la cantidad restante.

En relación al embargo, cuando proceda, deberá primero realizarse la localización y elección de los bienes a embargar y, en segundo lugar, se afectará los bienes suficientes y se adoptarán las medidas de garantía de la traba⁹⁴.

Será el propio responsable directo el que deba señalar bienes suficientes para el embargo. No necesariamente deberán ser bienes del obligado, sino que podrán ser bienes ofrecidos por un tercero. Si no se hubiese conseguido el señalamiento de bienes suficientes, la comisión del Juzgado podrá embargar todos aquellos bienes que se estimen de la pertenencia del responsable.

3. EJECUCIÓN DE LA CONDENA

3.1. Metodología de la investigación

La averiguación patrimonial tiene especial importancia por diferentes razones. En primer lugar, debido a que es necesaria para el afianzamiento de las responsabilidades pecuniarias. En segundo lugar, porque, dependiendo del tipo de delito, la investigación de los movimientos patrimoniales puede ofrecer nuevas pruebas. Por último, porque puede permitir la localización de bienes que tienen relación con la actividad delictiva, permitiendo su incautación⁹⁵.

En el proceso civil, el Secretario judicial únicamente solicitará información patrimonial del ejecutado cuando el ejecutante o su procurador no pudiesen obtenerla por sí mismos, es decir, que el acceso a la información patrimonial por parte de las autoridades judiciales es de carácter subsidiario (artículo 590 LEC), y únicamente es posible solicitar el auxilio judicial cuando la parte activa del proceso no tiene acceso posible a esa información.

A diferencia del proceso civil, en el proceso penal la averiguación patrimonial se puede hacer de oficio. Ésta es una de las ventajas de la acumulación de acciones frente al ejercicio de la pretensión civil de manera separada.

En principio, el Juez Instructor, con la colaboración de la Policía Judicial, debería acordar la investigación patrimonial del presunto responsable durante las primeras diligencias del proceso⁹⁶, de manera que consiguiese recabar información suficiente sobre la situación económica del posible responsable civil, y tomar las medidas adecuadas para la protección de la víctima y el aseguramiento de la futura sentencia.

Así, la Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil, ante la preocupación de la falta de cumplimiento del pago de las

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ España, Fiscalía General del Estado. Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil.

⁹⁶ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. Op. Cit. Pp. 332.

indemnizaciones dictadas en Sentencia, señala lo siguiente: “Por eso es necesario llamar ahora la atención de los Fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso de que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima”.

De este modo, los Fiscales tienen encomendadas las siguientes funciones para asegurar el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva de las personas perjudicadas por el ilícito penal: deberán evitar la declaración de insolvencia por las simples declaraciones de la parte pasiva de carecer de bienes, debiendo vigilar e instar una investigación patrimonial más profunda; tendrán que instar la formación de la pieza de responsabilidad civil, si no lo hubiese hecho el Juez de oficio; deberán abstenerse de aceptar el archivo provisional de una ejecutoria hasta que no haya quedado acreditado el pago de las indemnizaciones a las víctimas o haya quedado suficientemente acreditada la insolvencia de la parte pasiva, y en este último caso, únicamente podrá solicitarse el archivo provisional cuando haya prescrito el plazo para exigir el pago de las indemnizaciones, estando obligados a instar periódicamente la revisión de las ejecutorias para averiguar si los responsables civiles han venido a mejor fortuna⁹⁷.

Sin embargo, en la práctica no es práctica habitual que se haga la averiguación patrimonial al inicio del proceso, sino que se deja este tipo de diligencias para la fase de ejecución, cuando en muchas ocasiones ya es demasiado tarde, y el responsable civil ya ha logrado su insolvencia.

Precisamente éste es uno de los principales problemas a la hora de la ejecución de la condena. La declaración de insolvencia en los Juzgados y Tribunales se ha convertido en los últimos años casi en “semi automática”, en palabras de MARTÍN RÍOS, consiguiéndose con especial facilidad. Las principales razones son el exceso de trabajo de los órganos judiciales, que provoca que se realicen unas diligencias de averiguación patrimonial muy escasas y tardías, y la lentitud de todo el proceso. Ambas cosas son las que pueden provocar, como ya hemos señalado, la insolvencia del responsable civil.

3.2. Instrumentos para la investigación. El Punto neutro judicial

El punto neutro judicial, al que llamaremos PNJ a partir de este momento, es “una red de comunicaciones privada y segura, cuyo nodo central está en el Consejo General del Poder Judicial, que permite la conexión del Consejo con todos los órganos judiciales, y la interconexión de éstos entre sí y con distintos registros, administracio-

⁹⁷ España, Fiscalía General del Estado. Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil.

nes e instituciones”⁹⁸. Por lo tanto, se trata de una red de servicios que ofrece los datos necesarios para la tramitación judicial a los órganos judiciales cuando lo solicitan, de modo que se consigue facilitar y disminuir el tiempo de tramitación. La información se obtiene mediante el acceso a las aplicaciones y a las bases de datos que ofrece el propio Consejo General del Poder Judicial, y pertenecientes a organismos de la Administración General del Estado y a otras instituciones⁹⁹.

Esta red de servicios centralizada fue creada por el Pleno del CGPJ en la sesión del 20 de febrero de 2002, con el objetivo de impulsar la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, también conocidas como TIC, en la Administración de Justicia.

En un primer momento, en el periodo comprendido entre el año 2002 y 2004, el PNJ fue entendido como una red de comunicaciones, facilitando la conexión entre los distintos órganos judiciales, y entre éstos y algunas instituciones de la Administración General del Estado mediante la firma de convenios de colaboración¹⁰⁰.

Entre el año 2004 y 2007, el PNJ pasó a ser una red segura con herramientas y utilidades, siendo la principal preocupación garantizar la seguridad de las comunicaciones. Se incluyó el sistema Inter-Ius, un sistema de intercambio de documentos judiciales entre los órganos judiciales, los Decanatos, los Registros Civiles Exclusivos, las Presidencias y Órganos de Gobierno de esos órganos y el CGPJ. El PNJ se convirtió en una red segura, aislada tanto física como lógicamente, con un sistema cortafuegos para el control de accesos, y una red de conexiones “punto a punto”, encargada de que la información sea intercambiada de forma segura entre los órganos judiciales y los organismos e instituciones participantes en los convenios de colaboración¹⁰¹.

En la tercera fase, comprendida entre 2007 y 2010, la red de servicios del PNJ se integró con otras redes. Se mejoró la potencia, la fiabilidad y la seguridad de la red, además de la facilidad de uso de la misma. Se incorporó un enlace a la RED SARA, que agrupa todos los organismos públicos; se permitieron las consultas a las Herramientas de Averiguación y Localización, que reúnen bajo un único interfaz las consultas patrimoniales y domiciliarias más demandadas; y se incluyó el “usuario único”, que permite que los usuarios accedan a todos los servicios mediante una única clave¹⁰².

A partir del año 2010, desde el CGPJ se han estado promoviendo cambios, como la integración de servicios con los Sistemas de Gestión Procesal (SGPs), que permitirá a los funcionarios acceder a toda la información necesaria desde una sola aplicación.

⁹⁸ Fundación Telefónica. “Retos de la justicia a los que pueden dar soporte las TIC”. *Las TIC en la justicia del futuro*. Ariel. Barcelona, 2009. Pp. 24.

⁹⁹ España. Consejo General del Poder Judicial. *Punto Neutro Judicial*. [En línea]. Revista e-justicia. Madrid, 2012. Pp.

¹⁰⁰ Ibid. Pp. 6-8.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

El 7 de septiembre de 2010 se firmó un Convenio de colaboración entre el CGPJ y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), con la participación del Ministerio de Justicia, para la cesión directa y automatizada de la información tributaria disponible en las bases de datos de la AEAT a los órganos judiciales, que pueden acceder directamente a la información a través de conexión telemática. En los supuestos no contemplados por el convenio, se tramitarán solicitudes individuales para solicitar la información. El convenio está alineado con el Plan de Modernización de la Administración de Justicia, aprobado el 12 de noviembre de 2008 por el CGPJ¹⁰³.

Cabe destacar que ya existía un convenio de colaboración entre el CGPJ y el Ministerio de Economía y Hacienda, que permitía la solicitud de información tributaria a la AEAT, publicado en la Resolución de 28 de julio de 1998. Además, al margen de los Convenios firmados, la CE establece el deber constitucional de colaboración con la Administración de Justicia¹⁰⁴. Sin embargo, lo que se ha logrado mediante el PNJ es una mejora cuantitativa y cualitativa de la averiguación patrimonial del sujeto pasivo, aumentando la seguridad y mejorando la satisfacción de los usuarios, suponiendo un gran avance para el sistema judicial.

Como podemos observar en la siguiente tabla, en el año 2014 se realizaron 8.685.945 accesos desde el PNJ para la obtención de información de la AEAT, frente a las 18.209 solicitudes individuales de información. Podemos comprobar como disminuyen éstas últimas, aumentando el uso del PNJ para la obtención de información tributaria¹⁰⁵.

Suministro de información a órganos jurisdiccionales:

	2013	2014
Accesos desde el punto Neutro Judicial	6.118.216	8.685.945
Solicitudes individuales de información	20.395	18.209

Fuente: AEAT¹⁰⁶

El PNJ ofrece dos tipos de servicios, unos de acceso libre, que ofrecen información a todo aquel que lo solicite; y otros servicios de acceso restringido, que precisan de una

¹⁰³ Circular 2/2016 del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, referente al acceso a la información tributaria a través del Punto Neutro Judicial.

¹⁰⁴ Véanse los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ.

¹⁰⁵ España. Agencia Tributaria. “4.1.4. Colaboración de la Agencia Tributaria con los órganos jurisdiccionales”. [En línea]. Madrid, 2014.

¹⁰⁶ Tabla obtenida de la Memoria 2015 “Cuadro nº 33. Suministro de información a órganos jurisdiccionales” de la Agencia Tributaria. http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/_Ayuda_Memoria_2015/ANEXO_CUADROS_Y_GRAFICOS/Cuadro_n_33_Suministro_de_informacion_a_Organos_Jurisdiccionales/Cuadro_n_33_Suministro_de_informacion_a_Organos_Jurisdiccionales.html

clave secreta e individual para cada servicio. Para acceder existen claves individuales y claves departamentales, utilizadas por un órgano en su conjunto y supervisadas por el secretario judicial. El CGPJ es el encargado de la gestión de los usuarios¹⁰⁷.

En la actualidad se prestan treinta y nueve servicios en el PNJ, de los cuales diez se corresponden con servicios de consultas patrimoniales y domiciliarias, y uno con los embargos telemáticos¹⁰⁸.

Las consultas patrimoniales y domiciliarias se incluyen en la Herramienta de Averiguación y Localización, conocida como HAL, que permite la obtención de un documento PDF con toda la información disponible en la base datos de varios organismos¹⁰⁹ asociada a un NIF/NIE/CIF. Es preciso estar dado de alta en el PNJ y en la AEAT (si se quiere obtener información tributaria) para poder acceder a este servicio.

A través de la AEAT se puede obtener la siguiente información¹¹⁰:

- Identificación de contribuyentes
- Domicilio fiscal
- Rentas obtenidas del trabajo
- Cuentas bancarias asociadas
- Solicitudes de devolución
- Impuesto de Actividades Económicas
- Planes de Pensiones
- Ingresos y Pagos
- Fondos de inversión
- Transmisión de Valores
- Diputaciones Forales
- Fallecimiento
- Investigación para embargos

Las consultas al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles únicamente podrán realizarse por órganos de la Jurisdicción penal, y sólo cuando: sea necesario para la investigación o persecución de delitos no perseguibles únicamente a instancia de parte; cuando el beneficiario de la responsabilidad civil en sentencia firme sea una Administración pública; y cuando sea necesario para el cobro de multas impuestas en sentencia firme¹¹¹. La consulta se hará con el NIF del propietario, con el Identificador

¹⁰⁷ España. Consejo General del Poder Judicial. *Punto Neutro Judicial*. [En línea]. Revista e-justicia. Madrid, 2012. Pp.

¹⁰⁸ España. Consejo General del Poder Judicial. *Principales Servicios del Punto Neutro Judicial*. [En línea]. 2011.

¹⁰⁹ La HAL ofrece la información disponible en la base de datos de la AEAT, el catastro, el Instituto Nacional de Estadística, la Dirección General de Tráfico, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Policía.

¹¹⁰ España. Consejo General del Poder Judicial. *Punto Neutro Judicial*. Madrid, 2012. Pp. 17.

¹¹¹ España. Consejo General del Poder Judicial. *Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder*

único de finca o mediante datos registrales, y la información será proporcionada mediante el correo electrónico Inter-Ius en un plazo de 72 horas¹¹².

El Servicio Público de Empleo Estatal proporcionará el nombre y apellidos, la dirección, la fecha de inicio y fin de la prestación, el número de días consumidos, la cuantía diaria bruta, la situación en la que se encuentra (alta o baja) y los datos de la entidad financiera en la que se abona la prestación¹¹³.

La Dirección General del Catastro, y en concreto la Oficina Virtual del Catastro, ofrece información sobre el titular catastral y el valor y la descripción detallada de los inmuebles en propiedad asociados a un NIF¹¹⁴.

A través de las bases de datos de la Tesorería de la Seguridad Social, se puede consultar la información disponible de un afiliado o de una empresa, la vida laboral, el informe de deuda vigente y cobros, el registro de prestaciones sociales públicas, el registro de prestaciones sociales públicas, la consulta de la prestación familiar y de sus ficheros históricos y las transacciones del Instituto Superior del Medio Ambiente sobre los trabajadores del Mar.

Los órganos judiciales pueden realizar embargos de manera más rápida y sencilla mediante el Servicio de embargos telemáticos a cuentas a la vista, que permite enviar la orden de embargo a todas las entidades financieras dadas de alta en el servicio. Para ello, sólo será necesario introducir el nombre y el NIF del embargado, la cuenta de consignación y el importe a embargar. También podrán consultar las órdenes de embargo ya existentes contra una persona concreta.

En la actualidad, hay previstas varias mejoras en la Herramienta de Averiguación y Localización, siendo las más importantes:

- Facilitar el acceso a los servicios de la AEAT, eliminando la necesidad de estar dado de alta en la AEAT para utilizarlo, así como añadir nuevos servicios, como permitir la consulta del IRPF a través de las bases de datos de la AEAT.
- Ampliar el convenio de colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con el objetivo de facilitar la gestión telemática de embargos y la consulta de cargas en bienes inmuebles.
- Incorporar un servicio de consulta que haga más sencilla la utilización y la identificación de la información relevante en las consultas a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como la incorporación de esta información a los Servicios Integrales de consultas.

Judicial y el Colegio de Registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España, sobre la remisión de documentos públicos judiciales a través del denominado Punto Neutro Judicial [En línea]. Madrid. 2007.

¹¹² España. Consejo General del Poder Judicial. Punto Neutro Judicial. Madrid, 2012. Pp. 21.

¹¹³ Ibid, pp. 23.

¹¹⁴ España. Consejo General del Poder Judicial. *Principales Servicios del Punto Neutro Judicial*. [En línea]. 2011.

- Extender el Servicio de Embargos judiciales a todos los órganos judiciales y ampliar el número de entidades financieras participantes.

Para concluir, debemos hacer referencia a la buena acogida que ha tenido el PNJ en los órganos judiciales. Como señaló Victoria Cinto, vocal del CGPJ, en el seminario “Unas Justicia de futuro”¹¹⁵ el uso de las tecnologías, y concretamente del PNJ, ha logrado ahorrar en el primer semestre del año 2015 un total de 2.395.000 horas a la Administración de Justicia, algo que resulta absolutamente necesario dada la sobrecarga de trabajo de los Juzgados y Tribunales.

Además, como podemos observar en la Tabla del Anexo “Demandas de información tramitadas a través de los servicios del PNJ”, el uso de esta herramienta no deja de crecer, con un incremento medio en el uso del año 2014 al año 2015 del 0,4%.

CONCLUSIONES

Uno de los principales problemas de nuestro sistema judicial a la hora de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima radica, como hemos observado, en la reparación judicial de la parte agraviada. De nada le sirve a la víctima obtener una sentencia favorable a sus intereses, si ésta no podrá hacerse efectiva.

Una de las deficiencias más importantes del sistema se encuentra en la competencia para iniciar o solicitar la averiguación patrimonial. En teoría, ésta debe hacerse de oficio por el Juez o Tribunal al comienzo de la fase de instrucción para asegurar la futura sentencia, o, en cualquier caso, por el Ministerio Fiscal al iniciarse el proceso, como ya señalamos. Sin embargo, en la *praxis*, no es hasta la fase ejecutoria cuando el Secretario Judicial realiza esa investigación del patrimonio del responsable civil. De este modo, la Ley se convierte en papel mojado, siendo en una obligación de todos y de nadie.

Es posible que con anterioridad esta investigación patrimonial del acusado fuese una tarea complicada que requería una gran cantidad de tiempo y de recursos. Sin embargo, en la actualidad esto ha cambiado gracias a la implementación de las TIC en la Justicia. La averiguación patrimonial se ha convertido en una labor mucho más rápida y menos compleja, que, sin embargo, sigue sin hacerse hasta la fase ejecutoria.

La principal consecuencia de esta laxitud en esta tarea de investigación patrimonial la encontramos en la frustración de las legítimas expectativas de reparación del daño sufrido de la víctima. Como hemos podido observar mediante el análisis estadístico,

115 Apud VIGIL, Almudena. “La tecnología ya ahorra horas de trabajo a la Justicia”. [online]. *Expansión*, 2015. [Consultado el 2 enero 2017]. Disponible en: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/09/02/55e739a0ca4741405b8b4595.html>

tras más de dos años desde el comienzo de la ejecución de la sentencia, las víctimas personas físicas aún no han recibido ningún pago en el 35% de los expedientes, y en un 25% de los expedientes en los que han recibido algún pago, éste es inferior al 4%.

Además, existen una serie de factores externos a los órganos judiciales que dificultan y, en ocasiones, impiden la obtención de datos económicos relevantes. El mayor problema que se encuentran los órganos judiciales cuando investigan el patrimonio de la parte pasiva del proceso es que la información de la que dispone la Administración Tributaria es facilitada por el propio ciudadano en cumplimiento de sus obligaciones tributarias, no siendo siempre veraz. Además, cabe destacar que esa información no está actualizada, sino que tiene un retraso mínimo de un año. De este modo, a pesar de que en la información aportada por la Agencia Tributaria aparezcan unos datos económicos favorables que hagan innecesaria la adopción de medidas cautelares, en el momento de la ejecución, podría ocurrir que el responsable civil se encuentre en una situación de insolvencia.

Otro de los problemas que se encuentra la Autoridad Judicial es el supuesto de que la parte pasiva del proceso sea una persona extranjera y no disponga ni de Número de Identidad de Extranjero, ni de Número de Identificación Fiscal, ya que en esos casos resulta casi imposible realizar la averiguación patrimonial, y, por lo tanto, es muy poco probable que la parte de la Sentencia referida a la responsabilidad civil pueda ejecutarse.

La indemnización podría ser pagada si la sentencia incluyese pena de multa, que en caso de impago podría transformarse en pena privativa de libertad. En ese supuesto, para pagar la multa, sería necesario que la indemnización ya hubiese sido abonada por completo.

Por lo tanto, debemos concluir que, a pesar de los grandes avances que se han hecho en los últimos años en lo que respecta a la manera de realizar la averiguación patrimonial, aún quedan muchos aspectos por mejorar para asegurarle a la parte agraviada lo que legítimamente le corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Las partes civiles en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* [en línea]. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pp. 104. [Consulta: 3 noviembre 2016]. Disponible en: <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491192015#ulNo tainformativaTitle>.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Responsabilidad civil derivada de infracciones penales cometidas por menores: aspectos sustantivos y procesales. [En línea]. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/JoseMiguelResponsabilidad.pdf>

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal Español en materia de codeinencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos* [en línea]. Nuevo Foro Penal, 2013. Vol. 9, Nº 81, pp. 68-92. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4608178.pdf>
- FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. *La intervención de la víctima en el proceso penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio. *La víctima en el proceso penal*. La Ley. Madrid, 2005.
- GARCÍA BELLIDO, Rosario [et al.]. *SPSS: Pruebas no paramétricas*. [En línea] 2011. [Consulta 28 diciembre 2016]. Disponible en: http://www.uv.es/innomide/spss/SPSS/SPSS_0802A.pdf
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal: las garantías del proceso penal*. Librería-Editorial Dykinson, 2002.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Aproximación al estudio del responsable civil como parte civil en el proceso penal*. RDPrIB, 1983
- MARTÍN RÍOS, Pilar. *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*. La Ley. Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ NOVELLA, Susana. *La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales* [en línea]. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- NAVARRO ASECIO, Enrique. *Guía para la interpretación de resultados en el contraste de hipótesis estadísticas (Estadística Paramétrica y No Paramétrica)*. [En línea] 2015. [Consulta 16 diciembre 2016]. Disponible en: <http://es.slideshare.net/navarroenrique/gua-contraste-de-hipotesis-blog>
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *Sinopsis del artículo 24 C.E.* Congreso de los Diputados, 2011.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos [et al.]. *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*. Estudios jurídicos, 2008.
- ROIG TORRES, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- SALAH PALACIOS, Emilio. *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981 – 2014*. Madrid. Cultiva Libros, 2015.
- SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina. *Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988X, número 21, 2003.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema. *Tutela judicial efectiva: Derecho a un proceso con todas las garantías. Aplicación de la normativa antiterrorista*. IVAC/KREI, Donostia, 2009.
- VIGIL, Almudena. "La tecnología ya ahorra horas de trabajo a la Justicia". [online]. Expansión, 2015. [Consultado el 2 enero 2017]. Disponible en: <http://www.ex>

pansion.com/juridico/actualidadtendencias/2015/09/02/55e739a0ca4741405b8b4595.html

Fundación Telefónica. “Retos de la justicia a los que pueden dar soporte las TIC”. *Las TIC en la justicia del futuro*. Ariel. Barcelona, 2009.

España. Agencia Tributaria. “4.1.4. Colaboración de la Agencia Tributaria con los órganos jurisdiccionales”. [En línea]. Madrid, 2014. [Consulta 18 noviembre 2016].

Disponible en: http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Memorias/Memorias_de_la_Agencia_Tributaria/_Ayuda_Memoria_2015/ANEXO_CUADROS_Y_GRAFICOS/Cuadro_n__33__Suministro_de_informacion_a_Organos_Jurisdiccionales/Cuadro_n_33_Suministro_de_informacion_a_Organos_Jurisdiccionales.htm

España. Consejo General del Poder Judicial. *Principales Servicios del Punto Neutro Judicial*. [En línea]. 2011. [Consulta 2 diciembre 2016]. Disponible en: https://www.gobiernodecanarias.org/justicia/documentos/Principales_Servicios_del_Punto_Neutro_Judicial.pdf

España. Consejo General del Poder Judicial. *Punto Neutro Judicial*. [En línea]. Revista e-justicia. Madrid, 2012. [Consulta 24 noviembre 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Documentacion-y-publicaciones/E-Justicia---Tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones--N--9-enero-de-2012->

Parte III

SITUACIÓN DEL CONDENADO EN LA EJECUCIÓN

Capítulo VII

LA SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA Y LIBERTAD CONDICIONAL

Sara Jiménez Olbea

1. SUSPENSIÓN DE LA PENA, LIBERTAD CONDICIONAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

1.1. La suspensión de la pena privativa de libertad

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se configura como una institución jurídica, que permite la no ejecución, durante un tiempo determinado y bajo el cumplimiento de determinados requisitos previos y condiciones durante su duración, de ciertas penas privativas de libertad¹. Una vez transcurrido el plazo decretado –que será de dos a cinco años de acuerdo al artículo 81 del Código Penal– y cumplidas las medidas impuestas², implicará la remisión de la pena³.

El fundamento radica en la prevalencia, ante determinadas penas, de la función preventiva especial, primando la reinserción social del delincuente⁴ frente a la función retributiva, tratando de evitar el efecto “desocializador” que supondría la entrada en prisión, especialmente agravado en delincuentes primarios castigados con penas de corta duración⁵.

Constituye uno de los instrumentos más importantes de la “política criminal moderna”, preocupada por la reinserción social del penado evitando los efectos criminógenos que supone la entrada en prisión, siempre que se dé cumplimiento a determinados requisitos y cuando no exista un pronóstico de reincidencia futura, consolidando una doctrina que defiende la elusión del medio penitenciario ante la imposición de penas de corta duración.

¹ *La nueva regulación de la suspensión, la sustitución de la pena y de la libertad condicional*. Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona.

² Prohibiciones y deberes de posible imposición por el juez para condicionar la suspensión contenidas en el artículo 83 CP.

³ Art. 87 CP.

⁴ Mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE.

⁵ Tendencia respaldada por la jurisprudencia en sentencias como STC 251/2005, de 10 de octubre o STC 165/1993, de 28 de junio.

La función preventiva especial, que debe primar en las penas privativas de libertad, especialmente en aquellas de corta duración y escasa gravedad, ha promovido, desde mediados del siglo pasado en los países del entorno europeo, una tendencia a la búsqueda de alternativas al cumplimiento de la pena de prisión, impulsadas tanto desde organismos internacionales como desde las instituciones europeas⁶.

La gran variedad de ordenamientos jurídicos implantados en el resto del mundo nos conduce a legislaciones muy diversas en cuanto a medidas dirigidas a la no ejecución de las penas privativas de libertad. No obstante, es de relevancia mencionar, como marco de referencia, la elaboración por parte de la Asamblea General de la ONU de las Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, como principios básicos en la aplicación de estas medidas, fomentando además la participación de las partes en la gestión penal. De este modo, se promocionan medidas no privativas de libertad que busquen, tanto la reinserción del culpable como la protección de los intereses de la víctima, como son la libertad condicional, sanciones verbales, sanciones pecuniarias como forma sustitutiva, la suspensión de la sentencia o la condena, servicios a la comunidad y otras medidas similares.

De los mecanismos previstos para evitar la ejecución de las penas privativas de libertad, la suspensión es uno de los métodos preferentemente utilizados. Encontramos dos sistemas principales en el ámbito de la suspensión de las penas privativas de libertad⁷: el sistema angloamericano, denominado *probation*, y el sistema europeo o *sursis probatorio*.

La suspensión de la pena tiene su origen en la figura de la *probation* anglosajona, concebida desde mediados del siglo XIX como una renuncia a la condena del declarado culpable. En este sistema, se suspende el pronunciamiento de la sentencia, sometiendo al culpable a unas determinadas condiciones bajo el control de un funcionario facultado para ello. Superado con éxito el período de prueba, no se dictará condena por el juez.

En el sistema continental de la *sursis*, de origen francobelga, se produce tanto la declaración de culpabilidad como la imposición de la pena, suspendiendo su ejecución durante un plazo de tiempo, transcurrido el cual sin reincidencia delictiva, se produce la remisión de la pena. La diferencia principal reside en el momento de la imposición de la pena, ya que actualmente en ambos sistemas lo habitual es la fijación de un período de prueba condicionado al cumplimiento de determinadas reglas de conducta⁸. Las sucesivas reformas legislativas han propiciado que en la actualidad encontremos sistemas mixtos, imponiéndose la pena privativa de libertad en sentencia firme, quedando suspendida su ejecución.

⁶ Resolución 1, de 22 de enero de 1965, del Consejo de Europa.

⁷ QUINTANA GIMÉNEZ, C. *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. www.fiscal.es.

⁸ JAÉN VALLEJO, M. *Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad*.

Acudiendo a datos estadísticos⁹, podemos valorar la aplicación práctica de la suspensión de la pena en nuestro país. Observamos que se trata de una medida impuesta aproximadamente al 20% de las penas privativas de libertad previstas.

	2015	
	Mínimo	Máximo
Penas Impuestas	617.696	100%
Penas privativas de libertad impuestas	154.424	25%
Penas suspendidas/ sustituidas	30.677	19,86%

En el presente trabajo trataremos de abordar cómo se ve afectada la reparación de la víctima ante la concesión de la suspensión de la pena, y asimismo, de la libertad condicional al declarado culpable de la comisión del hecho delictivo, abordando una primera definición de la suspensión como figura jurídica para posteriormente analizar sus efectos sobre la esfera de la víctima.

Ante las reformas legislativas producidas durante el año 2015 tanto en lo referente a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito como la reforma del Código Penal que entró en vigor en octubre de ese mismo año, abordaremos las cuestiones desde la normativa vigente comparando los cambios realizados respecto de la normativa anterior.

1.1.1. Modificaciones legislativas abordadas en 2015

La nueva regulación de la suspensión¹⁰ la encontramos en los artículos 80 y ss. del Código Penal, unificando el régimen anterior, quedando configurada la sustitución de la pena como una modalidad específica de suspensión¹¹. Sin entrar a valorar la corrección de estos cambios, analizaremos los aspectos de la nueva regulación tendentes a la protección de la víctima y la reparación del daño.

1.1.1.1. Suspensión ordinaria

En primer lugar, se modifica el criterio para la concesión de la suspensión, que será de valoración discrecional por parte del Juez. Se podrá conceder la suspensión, siempre

⁹ Datos obtenidos del INE en base a la estadística de condenados adultos y la información estadística de penas y medidas alternativas a la prisión durante el año 2015.

¹⁰ Nos centraremos en el régimen general, sin entrar a describir los supuestos de suspensión por enfermedad (art. 80.4 CP) y por drogodependencia (art. 80.5 CP).

¹¹ RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E. *Manual de Ejecución Penitenciaria*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas; 2016. Págs. 783 y ss. ⁵³ Art. 80.1 CP.

y cuando concurren los requisitos legalmente establecidos, “*cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos*”. La interpretación de este criterio atiente a la valoración de “*las circunstancias del delito, las circunstancias personales del penado, antecedentes, su conducta posterior y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado,...*”¹³. Supone la realización, por parte del Juez, de un juicio razonable sobre la probabilidad de que el condenado no vuelva a reincidir, y por tanto, lo prescindible que resultaría la ejecución de la pena.

Uno de los aspectos a valorar, y que es especialmente relevante en relación al tema tratado, es el esfuerzo empleado por el condenado en la reparación del daño causado a la víctima. La valoración de esta variable posibilita inferir que la asunción de responsabilidad y la reparación realizada, ya sea económica o simbólica a través del cumplimiento de un acuerdo alcanzado en mediación, implicaría la no reincidencia en la comisión de un nuevo ilícito penal.

En segundo lugar, se modifican los requisitos para su otorgamiento, ahora regulados en el artículo 80.2 CP. Se mantienen los dos primeros requisitos, siendo estos: que el condenado sea delincuente primario y que la pena o suma de ellas no sea superior a dos años de prisión. El tercer requisito se ha visto modificado para permitir la concesión de la suspensión pese a la carencia de bienes para hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito en el momento de la resolución judicial, ya que la suspensión se extiende a la sanción penal, no siendo extensiva a la responsabilidad civil.

Este último requisito ha cobrado mucha trascendencia en los últimos tiempos desde la perspectiva de la victimología. El objetivo que las modificaciones normativas deben tratar de conseguir es un equilibrio, entre la necesidad de evitar una injusta “prisión por deudas” y la suficiente y efectiva reparación de las víctimas.

De modo que, frente a la necesidad de haber satisfecho la responsabilidad civil para lograr la suspensión de la pena, salvo imposibilidad total o parcial, la actual regulación entiende cumplido este requisito “*cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine*”¹².

Dicho compromiso implica la necesidad de expresión firme del cumplimiento de los pagos, además de demostrar la existencia de medios materiales suficientes, o esfuerzos personales, para entenderse válido el compromiso de pago. Esta nueva regulación incide en la posibilidad económica de abonar la cuantía relativa a la responsabilidad civil y el esfuerzo en lograr la reparación, y no en la declaración formal de insolvencia.

A modo de ejemplificación de las formas aceptadas en la práctica como representación de compromiso firme de cumplimiento de pago, podemos citar: la presentación

¹² Aclaración contenida en el propio artículo 80.2.3ª CP.

de bienes o la acreditación de un salario que permita compatibilizar el pago de la indemnización con los gastos personales o familiares del condenado, siendo también admisible la acreditación de la búsqueda activa de trabajo en caso de desempleo.

Esta nueva redacción pretende superar el trato discriminatorio que supondría la negación de la suspensión por motivos económicos, admitiéndose una amplia interpretación de este requisito, primando la voluntad decidida del reo en la realización futura del pago, frente a la disposición efectiva de recursos económicos suficientes en el momento de la sentencia.

De esta forma, la decisión sobre la concesión de la suspensión no quedaría pendiente al efectivo abono de la responsabilidad civil, sino que se puede adoptar la decisión si el condenado efectúa un compromiso de pago adecuado acorde a sus posibilidades, suponiendo una posibilidad de fraccionamiento o pago aplazado de la responsabilidad civil, no de una limitación o reducción de la misma.

De igual modo, en atención a la protección del interés de la víctima y del derecho a la reparación de los daños sufridos, se prevé como supuesto de revocación de la suspensión, además de con motivo de la reincidencia delictiva o el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones impuestas¹³, que el penado: *“d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*¹⁴. Supone una forma de potenciar la reparación económica a las víctimas, ya que el Código anterior no preveía el incumplimiento de la responsabilidad civil como causa de revocación de la suspensión.

1.1.1.2. Suspensión sustitutiva

La nueva legislación, como ya indicamos, reemplaza la figura de la sustitución por la suspensión sustitutiva¹⁵. En este caso, se permite la concesión de la suspensión, excepcionalmente, pese a no darse los dos primeros requisitos (primariedad delictiva y cuantía la pena o suma de ellas no superior a dos años de prisión), siempre y cuando no recaiga sobre reos habituales y la cuantía de las penas, de forma individual, no supere los dos años de prisión. La evaluación positiva de las variables anteriormente mencionadas (circunstancias personales, naturaleza del hecho, conducta y esfuerzo en la reparación) será esencial para la concesión, pudiendo el juez implantar presta-

¹³ Art. 86.1.a), 86.1.b) y 86.1.c) CP.

¹⁴ Art. 86.1. d) CP.

¹⁵ Art. 80.3 CP.

ciones que la condicionen y cuyo incumplimiento conduciría a la revocación de la suspensión.

Esta suspensión queda condicionada a la sustitución de la pena de prisión por multa o por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad¹⁶. Asimismo, quedará también condicionada a la reparación del daño provocado a la víctima mediante la satisfacción de la responsabilidad civil o cumpliendo con el acuerdo de reparación que se pudiera haber alcanzado como resultado de un proceso de mediación, acuerdo que puede adoptar forma material o moral.

De esta forma, se prevé la posibilidad de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a *“el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”*¹⁷. Resulta especialmente positiva la introducción de la mediación en el Código Penal, lo que deja patente la necesidad de participación de la víctima en el proceso y la efectiva reparación del daño para la eficacia del sistema.

1.1.1.3. Tendencia a la mayor protección de la víctima en la nueva normativa

Resulta evidente como el legislador incluye medidas que buscan la protección de la víctima, estableciendo como condición para la concesión de la suspensión, la efectiva reparación económica de la víctima como compromiso de pago futuro, tratando de evitar que directamente se declare la insolvencia del culpable, y la asunción de responsabilidad por parte del condenado, haciendo patente el esfuerzo para la reparación del daño mediante el sometimiento del infractor a una mediación con la víctima.

El concepto de reparación del daño a la víctima se convierte en aspecto clave en la valoración judicial para la adopción de la suspensión, al incluirse, como condiciones para su otorgamiento, el cumplimiento de los acuerdos que las partes hayan convenido a través de un proceso de mediación, que se mencione específicamente el esfuerzo reparador como criterio a tener en cuenta para determinar la posibilidad de la suspensión, o que se establezca, como causa de revocación, el haber facilitado una información inexacta o insuficiente sobre el patrimonio disponible para el abono de la responsabilidad civil, incorporando supuestos de revocación tendentes a garantizar la satisfacción de la responsabilidad civil otorgando una mayor protección a la víctima.

En definitiva, estas modificaciones tratan de supeditar la suspensión de la pena a la efectiva reparación del daño o indemnización del perjuicio causado. Están destinadas a compatibilizar tanto los intereses de la víctima, logrando su efectiva reparación, con la finalidad de reinserción social del condenado.

¹⁶ Art. 84.1.2ª y 84.1.3ª CP.

¹⁷ Art. 84.1.1º CP.

2. La libertad condicional

Una vez explicada la figura de la suspensión, en segundo lugar, abordaremos, del mismo modo, la afectación de la reparación de la víctima, una vez iniciada la ejecución de la pena de prisión, ante la concesión de la libertad condicional. La nueva regulación instaurada por la LO 1/2015 modifica la naturaleza jurídica de la libertad condicional, dejando de concebirse como el último grado de la clasificación del cumplimiento de la pena de prisión, para considerarse una variedad de la suspensión de la pena, una vez ya iniciada su ejecución, y encontrándose el reo en una fase avanzada de su cumplimiento¹⁸, prevista para personas, que dadas sus circunstancias y la menor duración de la condena impuesta, no requieren continuar el internamiento para lograr su reeducación y reinserción en la sociedad.

Los requisitos para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) pueda conceder la libertad condicional son: la calificación en tercer grado del penado, la extinción de las tres cuartas partes de la pena y la observancia de buena conducta¹⁹. Del mismo modo que para la concesión de la suspensión, anteriormente explicada, el juez valorará los criterios establecidos en la ley, apreciando una serie de circunstancias: la personalidad del penado, antecedentes, circunstancias del delito, relevancia de los bienes jurídicos afectados por una posible reiteración del delito, conducta durante la estancia en prisión, circunstancias familiares y sociales y los efectos que se esperan de la suspensión y del cumplimiento de las medidas impuestas durante el tiempo que perdure la misma²⁰.

La satisfacción de la responsabilidad civil es necesaria para la concesión de la suspensión, entendiéndose cumplida dicha satisfacción cuando de la conducta del reo se observe la voluntad de restituir, reparar e indemnizar, tanto los daños materiales y morales provocados, en atención a sus circunstancias personales y materiales, a fin de determinar su capacidad real para abonar la responsabilidad civil correspondiente²¹.

Se permite el fraccionamiento de los pagos ante la imposibilidad patrimonial de realizar un único pago, atendiendo tanto a las necesidades de la víctima como a los medios económicos del responsable, valorando sus ingresos y las cargas familiares en la determinación de la cuantía de las cuotas y los plazos²².

Como venimos mencionando, es el esfuerzo realizado por el culpable en la reparación de la víctima una de las condiciones fundamentales a tener en cuenta en la concesión, tanto de la suspensión de la ejecución como de la libertad condicional. El

¹⁸ RÍOS, J., ETXEBERRÍA X., PASCUAL, E. *Manual de Ejecución Penitenciaria*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas; 2016. Págs. 287 y ss.

¹⁹ Art. 90.1 CP.

²⁰ El artículo 90.5 CP extiende por analogía la aplicación a la libertad condicional de las mismas medidas aplicables a la suspensión ejecutiva contenidas en los artículos 83,86 y 87 CP.

²¹ Art. 72.5 Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP).

²² Art. 125 CP.

aspecto valorable es dicho esfuerzo, siendo proporcional a sus posibilidades económicas²³. Sería discriminatorio la negación de este beneficio penitenciario por motivos económicos, ante la imposibilidad puntual del reo de hacer frente a la responsabilidad civil, al no contar con un empleo activo ni medios económicos suficientes para hacer frente al pago²⁴.

La concesión de la libertad condicional permitiría la reinserción laboral del condenado, cumpliendo con el tramo final de su pena en libertad, teniendo la posibilidad de obtener los ingresos necesarios para hacer efectiva la responsabilidad civil una vez acceda a un puesto de trabajo.

Este régimen general para la concesión de la libertad condicional admite excepciones, siendo posible adelantar su otorgamiento una vez cumplidas dos terceras partes de la condena²⁵ (libertad condicional atenuada), siempre que hubiera desarrollado durante su internamiento actividades laborales, culturales u ocupacionales “*de las que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva*”. Además de enumerar los cursos atendidos en prisión, se daría cumplimiento a esta condición mediante la responsabilización por el delito cometido, volviendo a la necesidad reparativa como condición para la obtención de estos beneficios penitenciarios.

Asimismo, es posible la concesión de la libertad condicional una vez extinguida la mitad de la pena²⁶ (libertad condicional cualificada), siempre que se acredite la participación continuada en las actividades anteriormente mencionadas, además de “*la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas*”. Puntualizando este último aspecto relativo a la participación en programas de reparación a las víctimas, la interpretación que se atribuye al mismo considera adecuadamente cumplido este requisito mediante la reparación, ya sea económica cumpliendo con el pago de la responsabilidad civil, o moral, por ejemplo mediante una muestra de arrepentimiento.

La exigencia de participación en un programa de reparación a las víctimas resultaría de imposible cumplimiento ante la inexistencia de dichos programas o la negativa de la víctima a la participación en ellos. No obstante, pese a la atribución de una interpretación amplia ante esta condición, admitiendo su cumplimiento sin una efectiva participación del reo en programas de reparación a las víctimas como la literalidad normativa expone, supone una potenciación de los programas de justicia restaurativa, y por lo tanto, de la mediación penal entre víctima e infractor.

Por último, y análogamente a los motivos de revocación de la suspensión ejecutiva, se prevé la posibilidad de denegación de la libertad condicional de forma facultativa por

²³ AAP Barcelona, sección 9ª, 146/2007, de 4 de mayo.

²⁴ AAP Madrid, Sección 5ª, 3344/2011, de 7 de septiembre y APP Zaragoza, sección 3ª, 601/2011, de 25 de octubre.

²⁵ Art. 90.2 CP.

²⁶ Además del supuesto excepcional previsto en el artículo 90.3 CP.

parte del JVP cuando “*el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”²⁷.

2.1. Derecho de participación de la víctima

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito concentra en una sola norma el conjunto de derechos, procesales y extraprocesales, reconocidos a las víctimas de delitos, a modo de catálogo general. Los derechos básicos que esta norma reconoce podemos clasificarlos en tres bloques principales: derechos de información²⁸ y apoyo, derecho de participación y derecho de protección.

Centrándonos en el derecho de participación, y una vez aceptada la necesidad de la intervención de la víctima en el proceso penal, debemos diferenciar el grado de esta intervención en función de la fase del proceso. El ordenamiento jurídico español siempre ha reconocido un papel sustancial a la víctima durante las fases de instrucción y enjuiciamiento, reconociendo el derecho a su participación como acusación particular, frente a la menor implicación concedida en fase de ejecución²⁹.

Sin embargo, el Estatuto de la víctima del delito ha reconocido una importante intervención de la víctima en fase ejecutoria. Esta intervención ha sido objeto de crítica por parte de algunos autores, al entender que la fase de ejecución de las penas privativas de libertad debería ser ajena a las víctimas, en cuanto supone parte del contenido de la función jurisdiccional³⁰, entendiendo además que dicha intervención se basa en pretensiones de contenido vindicativo, pudiendo resultar en detrimento de las garantías constitucionales reconocidas al reo³¹.

Por el contrario, desde otra parte del sector, se justifica dicha intervención de la víctima en fase de ejecución en base a los fines de la pena. El propio Tribunal Supremo reconoce que las penas privativas de libertad, no sólo deben servir a la finalidad de resocialización, sino que también se les puede atribuir una función retributiva o de prevención general³². La intervención en fase de ejecución garantiza una mayor impli-

²⁷ Art. 90.4 CP.

²⁸ De entre los derechos de información reconocidos a las víctimas en el EVD, cabe destacar por el tema que nos atañe el derecho a recibir información sobre las indemnizaciones a las que puede tener derecho y el procedimiento para su reclamación (art. 5 EVD).

²⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución*. www.fiscal.es.

³⁰ Art. 117.3 CE.

³¹ RENART, F. “Del olvido a la sacralización: víctima y ejecución de la pena. Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 17-14. 2015.

³² STS 12/2011, de 2 de febrero o STS 783/2012, de 25 de octubre.

cación de las víctimas con la justicia, sin que los derechos del penado y la función de reinserción se vean afectados, al competer siempre la decisión al órgano judicial.

En este sentido, el Estatuto concede especial incidencia a la víctima en la ejecución de la condena a través de su legitimación en una serie de intervenciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 4/2015, siendo una incorporación legislativa muy novedosa, que no encontramos en otros países del entorno europeo, al no suponer una exigencia establecida en la Directiva 2012/29/UE.

Las víctimas, previa expresa solicitud de notificación³³, podrán recurrir, aunque no hayan sido parte en el proceso, los autos del JVP mediante los que se acuerde: la posible calificación del penado en tercer grado antes de la extinción de la mitad de la condena (para un conjunto de delitos enumerados en el propio artículo³⁴); la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional referidos al límite de cumplimiento de la condena; la concesión de libertad condicional ante penas superiores a cinco años de prisión. Además, se prevé la posibilidad de que las víctimas puedan interesar la imposición de medidas una vez concedida la libertad condicional con el objetivo de evitar una posible situación de peligro o facilitar al Juez información de relevancia para la ejecución de la pena, las responsabilidades civiles o el comiso acordado³⁵.

La voluntad de recurrir se debe comunicar al Letrado de la Administración de Justicia en un plazo³⁶ de cinco días e interponerlo en un plazo de quince días, desde la notificación, sin necesidad de asistencia letrada, pudiendo consistir en un recurso de reforma, apelación, ambos conjuntamente o de casación.

El objetivo de este derecho de impugnación reside en la concesión a la víctima de la posibilidad de hacer visible la falta de cumplimiento de los requisitos previstos por la ley para la concesión de estos beneficios penitenciarios, como es la necesidad de reparación, con anterioridad a que las resoluciones que los acuerden devengan firmes y resulte favorecido el culpable en detrimento de los derechos de las víctimas.

Esta legitimación activa de la víctima para impugnar ciertas resoluciones judiciales es vista por algunos críticos como una privatización de la ejecución, desacreditando las funciones atribuidas al JVP, haciendo primar los intereses particulares de las víctimas frente a la finalidad de reinserción social. No obstante, no debemos olvidar que la competencia decisoria reside en el juez, debiendo probarse oportunamente el fundamento que justifique el recurso interpuesto. En referencia a esto, de forma unánime se ha

³³ El artículo 13.1 EVD exige que la víctima hubiera solicitado la notificación sobre la resolución objeto de recurso de acuerdo al artículo 5.1.m) EVD.

³⁴ Los delitos sobre los que la víctima puede recurrir los autos mencionados, de acuerdo al artículo 13.1.a) EVD son: delitos de homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, tortura e integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia o intimidación, terrorismo y trata de seres humanos.

³⁵ Art. 13.2.a) y 13.2.b) EVD.

³⁶ Art. 13.1.c) EVD.

criticado la falta de necesidad de postulación para la interposición del recurso, que en todo caso irá en detrimento de la víctima ante las probables deficiencias presentes en el recurso interpuesto debido a su falta de conocimientos técnicos³⁷.

Asimismo, sorprende a parte de la doctrina la falta de mención de la participación de la víctima en otros aspectos relativos a la ejecución, como es el caso de la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad³⁸, pese a la repercusión que esta figura tiene en la esfera de la víctima y su reparación³⁹, aunque si se prevé la audiencia de la acusación particular para la resolución de dicho incidente⁴⁰. La posible explicación de esta exclusión podría ser el hecho de que únicamente se prevé la posibilidad de recurrir resoluciones del JVP, por lo que el recurso sobre las resoluciones que dispongan la suspensión de la pena queda fuera de la aplicación de este precepto, al ser competencia del juez sentenciador. Esto ha motivado la proposición, desde determinadas instituciones judiciales, de la necesidad de notificación de las resoluciones que concedan la suspensión de la pena, ofreciendo la posibilidad de impugnación a la víctima⁴¹.

3. COMPETENCIA: JUEZ SENTENCIADOR Y JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

La competencia atribuida a Jueces y Tribunales para la ejecución de lo juzgado⁴² difiere en función del tipo de decisiones que impliquen dicha ejecución. La ejecución de las causas por delito corresponde al tribunal sentenciador, es decir, aquel que haya dictado la sentencia firme⁴³. No obstante, las decisiones sobre las penas privativas de libertad y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad requieren la concurrencia, tanto del órgano judicial sentenciador como del JVP.

Esta concurrencia de competencias se debe, a que una vez ingresado el condenado en prisión, los mecanismos operantes tienden a dos objetivos principales. En primer lugar, lograr la efectiva entrada del reo en el centro penitenciario, dando efectivo cumplimiento a la sentencia condenatoria. En segundo lugar, permitir que la estancia en prisión sea acorde a las garantías previstas, respetando el estatuto del interno y permitiendo la reinserción social del condenado a su término.

³⁷ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito elaborado por el Consejo Fiscal del Fiscalía general del Estado. Pág. 17.

³⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*. Aranzadi. 2015.

³⁹ Debemos mencionar que aunque no se mencione la capacidad de la víctima para recurrir la decisión judicial que otorgue la suspensión de la pena, si se exige la audiencia de las partes.

⁴⁰ Art. 82.1 CP.

⁴¹ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito elaborado por el Consejo Fiscal del Fiscalía general del Estado. Pág. 15.

⁴² Art. 117.3 CE y art. 3.1 CP (principio de jurisdiccionalidad).

⁴³ Art. 985 LECrim

La primera de las funciones aludidas corresponde al tribunal sentenciador, siendo el órgano judicial que procederá a la ejecución de la sentencia,⁴⁴ mediante mandamiento correspondiente para el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario⁴⁵, así como la aprobación de la libertad definitiva⁴⁶. Corresponde, por lo tanto, al tribunal sentenciador la determinación de la suspensión de la pena, así como las medidas adoptadas⁴⁷, plazo y revocación de la misma, al suponer una forma específica del señalamiento del fallo, alternativa al ingreso en prisión.

La legislación anterior requería la declaración de firmeza de la sentencia para la adopción de la resolución que concediera la suspensión. Con la nueva redacción⁴⁸, se admite su concesión en sentencia o en auto posterior una vez decaiga firme, permitiendo su otorgamiento *ab initio* ante la apreciación de concurrencia de los requisitos legales, agilizando el proceso⁴⁹, precisando la sentencia las medidas adoptadas y las consecuencias por su inobservancia.

La competencia del JVP se activa una vez producido el ingreso del penado en el centro penitenciario, teniendo atribuidas las funciones principales de control de la ejecución de las penas privativas de libertad y fiscalización de la actividad administrativa para la preservación de los derechos fundamentales de los reclusos⁵⁰. El JVP tiene atribuidas, generalmente, las competencias para la clasificación del reo en tercer grado⁵¹, el control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, conceder la suspensión de la ejecución por enajenación sobrevenida⁵², ejecutar las medidas de seguridad previstas en sentencia y la concesión de la libertad condicional⁵³, entre otras.

No obstante, la modificación normativa operada en 2015, nos conduce a la matización de estas competencias. En cuanto al control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, atribuida en exclusiva al JVP⁵⁴, al quedar configurada con la nueva regulación como “prestación o medida”⁵⁵ queda sustraída su competencia en favor del tribunal sentenciador, competente para la determinación o modificación de las

⁴⁴ Art. 988 LECrim

⁴⁵ Art. 15.1 LOGP.

⁴⁶ Art. 17.1 LOGP y art. 24 Reglamento Penitenciario (RP).

⁴⁷ Medidas contenidas en el artículo 83 CP, incluyendo como novedades respecto de la legislación anterior los puntos 2º, 4º, 7º y 8º.

⁴⁸ Art. 82 CP.

⁴⁹ GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”. *Diario La ley*, núm. 8688. 2016.

⁵⁰ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005.

⁵¹ Art. 36.2 CP.

⁵² Art. 60 CP.

⁵³ Art. 90.2 CP.

⁵⁴ Art. 49 CP modificado por la Ley 15/2003.

⁵⁵ Art. 84 CP.

medidas accesorias a la suspensión acordada⁵⁶. Si corresponderá al JVP su control cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se impongan como pena privativa de derechos.

En cuanto a la nueva normativa relativa a la libertad condicional, al pasar a considerarse como un supuesto de suspensión del resto de la pena a cumplir, ha llevado a algunos autores a plantearse la competencia judicial sobre esta medida⁵⁷. Pese a existir ciertas dudas que parecen acercar la competencia hacia el órgano sentenciador, la nueva redacción de la LO 1/2015 otorga expresamente⁵⁸ al JVP, en la mayor parte del articulado, la competencia para la concesión y revocación de la libertad condicional y el establecimiento de reglas de conducta y medidas no privativas de libertad asociadas a la misma. El procedimiento para la autorización de la libertad condicional⁵⁹, se podrá promover directamente por el penado ante el JVP o de oficio⁶⁰ ante el conocimiento del cumplimiento de las condiciones⁶¹.

4. INEFICACIA DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA

La normativa mencionada y la regulación de las condiciones a cumplir para que el Juez pueda otorgar, tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la libertad condicional, nos conducen a plantearnos ciertos problemas en torno a la eficacia del cobro de la responsabilidad civil derivada del delito ante el incumplimiento del compromiso de pago efectuado o del impago de las cuotas fijadas, y por lo tanto, en la reparación efectiva de la víctima.

La anterior regulación de la suspensión de la pena, como ya aludimos, establecía la necesidad de satisfacción previa de la responsabilidad civil, salvo la declaración de imposibilidad total o parcial del culpable para afrontar el pago. La excepción por insolvencia nos conduce al incumplimiento del principio “*alterum non laedere*”⁶². Este principio establece que, el causante del daño sobre un bien jurídico protegido y el perjudicado por la acción dañosa, quedan vinculados por una relación jurídica, que crea en el primero la obligación de resarcir los daños ocasionados, y un derecho subjetivo en el segundo para exigir su reparación⁶³.

⁵⁶ Art. 85 CP.

⁵⁷ SAEZ MALCEÑIDO, E. *Reflexiones sobre el juzgado de vigilancia penitenciaria y algunas de sus funciones ejecutivas*.

⁵⁸ Art. 90 CP y ss.

⁵⁹ MATA, E. *Tipos de libertad condicional*. Pamplona. 2015.

⁶⁰ Art. 90.7 CP.

⁶¹ Conocimiento que puede provenir de la remisión del expediente de propuesta de libertad por parte de la Administración Penitenciaria.

⁶² MORENO NAVARRETE, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “*alterum non laedere*” y la desprotección de las víctimas y perjudicados”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.

⁶³ Art. 1089 CC.

La excepción por insolvencia resulta perjudicial para las víctimas, ya que el condenado evitaría la entrada en prisión, eludiendo, además del cumplimiento de la sanción penal, la satisfacción de la responsabilidad civil⁶⁴. Supone la quiebra en las expectativas de las víctimas, al no verse resarcidas, ni desde el punto de vista económico, ni desde el punto de vista retributivo, al suspenderse la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por un lado, la insolvencia por parte del condenado implicaría indefensión hacia las víctimas, dado que resultaría ineficaz el pago de la responsabilidad civil. Por otro lado, no sería concebible la negación de la suspensión por motivos económicos, lo que supondría una discriminación contraria tanto a la Constitución Española como a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conduciendo a una situación tan grave como es la entrada en prisión, privando del derecho a la libertad al individuo por un mero motivo de insuficiencia patrimonial.

Se concebía necesario un cambio en la regulación de la institución de la suspensión, acogido por el Código Penal vigente al permitir el otorgamiento de la suspensión, sin que sea necesaria la satisfacción de la responsabilidad civil en el momento en que se dicta sentencia, concediendo un aplazamiento en el pago, y revocando la medida ante el incumplimiento de las cuotas fijadas.

Sin embargo, encontramos el mismo problema en cuanto a la insolvencia del condenado. El artículo 86.1.d) del Código Penal vigente sigue exceptuando la revocación de la suspensión ante el incumplimiento de pago de la responsabilidad civil en caso de insolvencia. La falta de medios evitaría que el Juez revocara la suspensión concedida, pese al incumplimiento por parte del condenado de los pagos aplazados.

A pesar de parecer una regulación contraria a la protección de los intereses de las víctimas, la doctrina mayoritaria respalda la adecuación del otorgamiento de la suspensión pese al incumplimiento del abono de la responsabilidad civil, en base a diferentes argumentos.

Un primer argumento esgrimido, sería la consideración de inconstitucional una medida que implicara un tratamiento diferente y discriminatorio en función de un criterio económico, y máxime cuando afecta a un derecho tan esencial como es la libertad individual⁶⁵.

En segundo lugar, se podría recurrir a los fines constitucionalmente atribuidos a la pena, tendentes a la reeducación y reinserción del condenado. La política criminal

⁶⁴ MAGRO SERVET, V. “La no suspensión de la ejecución de la pena en caso de impago de la responsabilidad civil”. *Práctica de Tribunales* núm. 111. *Diario La Ley*. 2014. Citado por MORENO NAVARRETE, M.A. en “La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “alterum non laedere” y la desprotección de las víctimas y perjudicados”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.

⁶⁵ LACUEVA BERTOLACCI, R. “La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la reforma del Código Penal”. *Diario La Ley* núm. 8066. 2013. Citado por MORENO NAVARRETE, M.A. en “La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “alterum non laedere” y la desprotección de las víctimas y perjudicados”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.

defiende la ineficacia de las penas privativas de libertad de corta duración, especialmente en el caso de delinquentes primarios, que son aquellas susceptibles de suspensión, precisamente por el “riesgo desocializador” que implicaría la entrada en prisión y el contacto con el “mundo criminal habitual”.

4.1. Medidas de garantía de la reparación económica

4.1.1. *Indemnizaciones por parte del Estado*

El derecho de las víctimas a la obtención de una indemnización es reconocido a nivel europeo⁶⁶, tanto por el Tribunal Europeo de Justicia, como por las instituciones europeas a través Recomendaciones, Directivas⁶⁷ o Convenios⁶⁸.

Sin embargo, en muchas ocasiones la reparación económica de la víctima se ve frustrada por la insolvencia del culpable, existiendo un elevado número de casos en los que la declaración de insolvencia conduce a la total insatisfacción de las demandas resarcitorias de las víctimas, a pesar de las tendencias legislativas dirigidas a fomentar la reparación voluntaria por parte del victimario, otorgando beneficios tanto en la determinación de la pena como en su posterior ejecución.

El modelo de compensación a las víctimas por parte del Estado se configura como la herramienta más eficaz para garantizar una efectiva indemnización ante el impago o insolvencia del culpable del delito. En nuestro país, las indemnizaciones por parte del Estado únicamente se contemplan para las víctimas de terrorismo⁶⁹ y de delitos violentos y contra la libertad sexual⁷⁰ mediante un sistema de ayudas económicas⁷¹.

Estas previsiones cumplen con la normativa europea contenida en el Convenio nº 116 para la compensación de víctimas de delitos violentos y en la Directiva 2004/80/CE, de 29 de abril, estableciendo una obligación subsidiaria por parte del Estado para hacer frente a la reparación económica, cuando esta no se puede obtener por otros

⁶⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo. Diario La Ley. 2001.

⁶⁷ Directiva del Consejo de la UE 2004/80/EC, de 29 de abril, sobre compensación a las víctimas de delitos y Directiva 2012/29/UE en su artículo 16.

⁶⁸ Convenio número 116, del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos.

⁶⁹ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral de las víctimas de terrorismo.

⁷⁰ Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en cumplimiento de las previsiones establecidas en el Convenio 116 del Consejo de Europa, ratificado por España en octubre de 2001.

⁷¹ La Ley 35/1995 configura en su Exposición de Motivos las ayudas económicas previstas en su articulado como una expresión del deber de solidaridad social que debe estar presente en todo Estado Social y de Derecho (*vid.* FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*. La Ley. Madrid 2005), y no como una responsabilidad estatal de satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito.

medios⁷², obligando a regular un sistema estatal que garantice una apropiada compensación a las víctimas de delitos violentos.

No obstante, el alcance real de la normativa española referente a las indemnizaciones por parte del Estado (centrándonos en la normativa relativa a los delitos violentos, por la especialidad que implican los delitos de terrorismo) es muy limitado debido a restricciones que afectan tanto al ámbito subjetivo como objetivo⁷³. El número de beneficiarios se ve limitado a víctimas de delitos violentos dolosos con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, cuando el culpable sea desconocido o insolvente, teniendo como límite la cuantía de la indemnización fijada en sentencia, siendo incompatible con ella, corrigiendo la cantidad perceptible de acuerdo a la situación económica del beneficiario, todo esto unido a la limitación cuantitativa de las ayudas.

Asimismo, la Ley 35/1995 establece la necesidad de iniciación del procedimiento a instancia de parte, lo que ahonda sobre la victimización, y muchas veces resulta ineficaz ante la insuficiencia de información hacia la víctima, provocando el desconocimiento de los programas de compensación⁷⁴, prescribiendo la acción al año desde la comisión del delito, lo que contradice el Convenio 116 al establecerse la necesidad de un plazo suficiente para realizar la solicitud de compensación, limitando la accesibilidad a la compensación por los estrictos requisitos procedimentales previstos.

Los posicionamientos, cada vez más importantes, en beneficio de las víctimas han llevado al surgimiento de programas de compensación estatales, fundamentalmente en los países anglosajones u otros como Francia o Bélgica, regulando especialmente estas cuestiones, frente a la resistencia existente en países como el nuestro. Lograr la eficacia en la percepción de las indemnizaciones es una cuestión fundamental a fin de lograr una efectiva reparación de las víctimas del delito, debiéndose avanzar gradualmente en la ampliación de los ámbitos de la legislación vigente, tratando de lograr finalmente un modelo de compensación estatal que repare a las víctimas con independencia del tipo de delito sufrido.

El Estado, subrogándose en el derecho de la víctima sobre el responsable civil, debería asumir la reparación de los daños derivados del hecho delictivo de forma subsidiaria ante la insolvencia del culpable⁷⁵ como primer obligado civil, consolidándose una verdadera normativa reparadora que extienda la compensación estatal también a

⁷² Art. 8.9 Recomendación 2006 (8) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre asistencia a las víctimas de delitos.

⁷³ MARTÍN RÍOS, M.M. "La reparación a las víctimas del delito por parte del estado: análisis del caso español". *Rivista de Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*. 2008.

⁷⁴ BERISTAIN IPÍÑA, A. "¿La sociedad/judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?". *Criminología, victimología y cárceles*. 1996.

⁷⁵ Se trata de la asunción de la obligación reparadora por parte del Estado ante la insolvencia total o parcial del culpable, como primer responsable civil, sin que se cree un sistema de irresponsabilidad total del culpable.

¹¹⁸ Art. 589 LECrim.

delitos negligentes y delitos patrimoniales atendiendo al daño efectivamente causado, sin limitar las ayudas en función de la situación económica de la víctima.

4.1.2. Medidas cautelares patrimoniales

Por otro lado, una de las herramientas que la normativa prevé para el aseguramiento de las responsabilidades civiles es la aplicación de medidas cautelares de carácter patrimonial. La Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al órgano judicial la facultad de adoptar las medidas necesarias en fase de instrucción para garantizar la suficiencia patrimonial del acusado con el fin de satisfacer la responsabilidad civil que pudiera determinarse en sentencia¹¹⁸, ya sea mediante la prestación de fianza o el embargo de bienes⁷⁶ suficientes, en cuantía no inferior a la tercera parte del importe que presumiblemente se determine en sentencia como indemnización.

Sin embargo, a pesar de su previsión teórica, la aplicación práctica de las medidas cautelares patrimoniales es claramente insuficiente. La obtención de una efectiva satisfacción de la víctima exige necesariamente actuaciones judiciales de averiguación y limitación de la libre disposición del patrimonio del imputado en el momento oportuno, cuando existan indicios de criminalidad, evitando que la dilación del proceso en el tiempo pueda derivar en prácticas de distracción patrimonial que terminen frustrando las expectativas de reparación económica de la víctima⁷⁷.

5. JUSTICIA RESTAURATIVA Y SUSPENSIÓN

La injusta e inconstitucional solución que supondría imponer la necesidad de satisfacer la responsabilidad civil para la aprobación de la suspensión de la pena sin excepción, conduciendo a una situación ventajosa y privilegiada a aquellos con recursos económicos suficientes para reparar el daño cometido, nos lleva a tratar de abordar el problema desde otra perspectiva, incluyendo el ámbito de la justicia restaurativa⁷⁸.

La justicia restaurativa se perfila, en el entorno internacional, como el sistema que permite dar cabida a los intereses tanto del acusado, de la víctima y de la comunidad en general. Su incorporación al ordenamiento jurídico, como modelo de justicia integrado en el sistema penal, requiere un marco normativo. Por ello, la Directiva 2012/29/

⁷⁶ Medidas reguladas en los artículos 589 al 614 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicándose de forma supletoria la normativa civil para aquello no previsto en ella.

⁷⁷ TRENADO, J. *Aseguramiento de la responsabilidad civil en el proceso penal*. Observatorio de delincuencia económica.

⁷⁸ VALL RIUS, A. "El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española". *Diario La Ley* núm. 6528. 2006.

UE, acogiendo un modelo habilitante, reconoce en su artículo 12 el derecho al acceso a los servicios de justicia restaurativa, compeliendo a los Estados Miembro a facilitar la derivación de casos a dichos servicios, concibiéndose como una respuesta voluntaria complementaria a la Administración de justicia.

La legislación española es insuficiente en este sentido, a falta de una previsión legal específica en materia de justicia restaurativa⁷⁹, pese a la incorporación de la posibilidad de acceso a sus servicios prevista en el artículo 15 del Estatuto de la víctima. Esta falta de regulación hace necesaria la instauración de protocolos, que coordinen la actuación entre los órganos judiciales y los servicios de mediación, permitiendo determinar aquellos casos susceptibles de aplicar la mediación y los efectos que el acuerdo adoptado desplegará en el proceso penal⁸⁰, sin que implique una regulación excesiva que limite la adaptabilidad al caso concreto que caracteriza estos instrumentos.

Esta necesidad se ha visto parcialmente suplida mediante la publicación, el pasado mes de noviembre, de la Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, conteniendo un epígrafe propio la referido a la mediación penal. Se admite la necesidad de un cambio en el modelo de justicia, acogiendo la justicia restaurativa dentro del proceso, otorgando al juez la capacidad de derivar a la mediación aquellos casos considerados mediables y homologar, posteriormente dicho acuerdo compatible con la ley.

5.1. Modelos de Justicia restaurativa

La justicia restaurativa se podría configurar como una nueva vía en la resolución de los conflictos penales⁸¹, promoviendo una mayor participación de las partes implicadas, permitiéndoles intervenir en la gestión de las consecuencias derivadas del delito.

No obstante, las prácticas restaurativas se encuadran dentro del sistema penal como vía complementaria, no como alternativa, sin que en ningún momento su inclusión dentro de la justicia penal pretenda desvirtuar cuestiones que le son inherentes, como la determinación de la existencia de un ilícito penal y su responsabilidad.

Podemos encontrar tres tipos de modelos de justicia restaurativa en función de su relación con el sistema penal⁸². El modelo acogido en nuestro sistema es el complementario a los Tribunales, es decir, el acuerdo de reparación obtenido implicará ventajas

⁷⁹ RUIZ SIERRA, J. *Víctima y mediación penal*. Noticias jurídicas. 29 de octubre de 2015.

⁸⁰ La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, establece la necesidad de que los Estados miembros faciliten la derivación de casos a los servicios de justicia reparadora, mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de derivación.

⁸¹ Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre, sobre mediación en el ámbito penal del Consejo de Europa.

⁸² SOLETO MUÑOZ, H. "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España" en *Cuadernos penales José María Lidón: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao, Universidad de Deusto. 2013. Págs. 83-84.

procesales, que diferirán según el momento procesal. En los sistemas alternativos al enjuiciamiento, las técnicas restaurativas excluyen la iniciación del proceso penal. Se dan esencialmente en los países anglosajones para la derivación de asuntos de menores y escasa gravedad. Existen también proyectos de justicia restaurativa con una finalidad esencialmente emocional, sin relevancia procesal.

5.2. Justicia restaurativa en fase de ejecución

5.2.1. Efectos en el proceso

Los efectos que la justicia restaurativa puede tener en el proceso penal dependen del momento en que se realice la mediación⁸³. La reparación anterior al juicio supone su reconocimiento como atenuante⁸⁴, ya sea ordinaria o cualificada⁸⁵, efectuándose normalmente a través de la conformidad. La reparación una vez dictada la sentencia permite, en aquellos casos en los que se trate de un delincuente primario y la pena impuesta no sea superior a dos años de prisión, la suspensión de su ejecución (ya sea suspensión ordinaria o sustitutiva). La reparación realizada una vez iniciada la ejecución de la pena, permite la concesión de determinados beneficios, como son la eliminación del periodo de seguridad⁸⁶ para condenados a más de cinco años de prisión, la clasificación en segundo o tercer grado, o la concesión de la libertad condicional.

La diversidad en los distintos ordenamientos, en cuanto a los efectos en el proceso de la justicia restaurativa, no impide que en la práctica comparada se considere el momento de la ejecución como el ámbito más adecuado para este tipo de medidas, sirviendo como alternativa a las penas privativas de libertad. Por ello nos centraremos en la justicia restaurativa en la fase de ejecución.

Una solución que podría aplicarse, para la determinación de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, sería la adopción de un efectivo compromiso de reparación hacia la víctima o la propia reparación del perjuicio causado mediante la conciliación entre víctima y condenado.

Esta medida ya se encuentra regulada en el ámbito del Derecho Penal juvenil, concretamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta norma introduce el principio de oportunidad reglada en

⁸³ FLORES PRADA, I. "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal". *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. Septiembre 2015.

⁸⁴ Art. 21.5 CP.

⁸⁵ Art. 66.1.1ª y 66.1.2ª CP.

⁸⁶ El artículo 36.2 CP prevé que, para aquellas personas condenadas con penas de prisión superiores a los cinco años, la clasificación en tercer grado no se pueda efectuar hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

nuestro ordenamiento, permitiendo la declaración de sobreseimiento del expediente por parte del Ministerio Fiscal, atendiendo a la gravedad, y circunstancias de los hechos y el culpable, motivado por la conciliación del menor con la víctima o la asunción de un compromiso tendente a la reparación del daño. En efecto, este es el origen de la justicia restaurativa, aplicada en sus inicios a los delitos de escasa gravedad cometidos por menores en Estados Unidos, buscando una respuesta alternativa a la ofrecida por el Derecho penal.

Producida la conciliación o cumplido el acuerdo de reparación, el Ministerio Fiscal solicitará del juez el sobreseimiento y la remisión de las actuaciones. Asimismo, en caso de incumplimiento, se revocará la decisión de sobreseimiento acordada, continuando con la tramitación del expediente.

5.2.2. *Europa*

Las distintas modalidades adoptadas en este ámbito por los países del entorno europeo nos permiten realizar una visión comparada. Los países europeos con una mayor tradición en la utilización de herramientas de elusión del medio penitenciario han desarrollado medidas más allá de la suspensión de la pena, como son los mecanismos de diversión, concebidos como tercera vía penal, evitando la imposición de una pena mediante un proceso penal formal a través de “soluciones informales” para la criminalidad de escasa gravedad⁸⁷. El Derecho penal de adultos en nuestro ordenamiento no recoge este tipo de medidas, que se ven limitadas al ámbito de la justicia juvenil.

El Reino Unido constituye uno de los países en los que existe una mayor diversidad de medidas aplicables en el ámbito de la justicia restaurativa, incluyendo, tanto medidas con efectos en el proceso, como programas de diversión.

Otro de los países que podemos tomar como punto de referencia es Alemania. Existe en el derecho alemán la posibilidad de conclusión anticipada del proceso, permitiendo el sobreseimiento del proceso, primando el carácter preventivo pese a los indicios de criminalidad existentes.

Se posibilita la inclusión de la mediación como vía alternativa, suponiendo bien una atenuación, bien la suspensión o incluso el sobreseimiento del proceso ante la reparación voluntaria del daño por parte del culpable o el compromiso firme de reparación futura⁸⁸. Los estudios llevados a cabo para determinar la efectividad de la mediación como reparación han confirmado los efectos positivos de estas medidas, teniendo una gran acogida entre las víctimas como forma de satisfacer sus pretensiones.

⁸⁷ CANO PAÑOS, M.A. “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado”. *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*. Diciembre 2014.

⁸⁸ El derecho penal faculta al Ministerio Fiscal al sobreseimiento del proceso a través de la mediación víctima-autor.

Siguiendo con esta tendencia de elusión del medio penitenciario para la criminalidad de menor gravedad, la legislación austríaca ha introducido, como vía alternativa, las medidas de diversión. Se trata de evitar la aplicación de la sanción penal, pese a la acreditación de culpabilidad, mediante la aplicación de ciertas medidas que suponen la asunción voluntaria de responsabilidad por parte del autor, como pueden ser una sanción pecuniaria, trabajos en beneficio de la comunidad, imposición de un periodo de prueba, conciliación extrajudicial o la reparación del daño.

Las medidas de diversión se han consolidado con gran importancia en el ordenamiento austriaco, lo que ha fortalecido el papel de la víctima en el proceso, permitiendo un mayor protagonismo y mejor satisfacción de sus intereses.

En Bélgica existe una ley específica sobre mediación penal, permitiendo excluir la acción penal mediante acuerdos reparadores. Asimismo, en Francia se introdujo la mediación como herramienta para el ejercicio del principio de oportunidad ante la consecución de un acuerdo entre las partes.

Como queda patente, la tendencia en los países europeos es la adaptación de sus legislaciones hacia medidas alternativas a la pena de prisión ante los delitos de menor gravedad, en los que debe primar la reinserción del penado al haber quedado probado la inadecuación del medio penitenciario para la consecución de dicho fin. Asimismo, la inclusión de mecanismos de justicia restaurativa como alternativa a las sanciones penales está permitiendo una tutela más eficaz en la reparación del daño infligido a las víctimas.

Los estudios llevados a cabo a nivel europeo muestran el alto grado de satisfacción de las víctimas que han participado en procesos de justicia restaurativa⁸⁹, presentando importantes consecuencias psicológicas positivas como forma de reparación del daño. Reduce su victimización, les permite recuperar el sentimiento de seguridad, obtener información sobre los hechos directamente del culpable y recibir las disculpas del ofensor.

Las resistencias existentes a la incorporación de las medidas de justicia restaurativa al ámbito penal, especialmente en los países del sur de Europa, nos conducen a un desaprovechamiento de las ventajas que ofrece, además de una gran ineficacia en términos de reparación a las víctimas. La incorporación de sistemas alternativos al enjuiciamiento parece una vía aún lejana en el tiempo, motivada por la gran desconfianza que suscita la posibilidad de privatización de la justicia que podría suponer la determinación de la respuesta penal entre las partes.

5.2.3. *Justicia restaurativa como requisito esencial*

En nuestro ordenamiento, la mediación intrajudicial en el ámbito penal, no se concibe como alternativa al proceso sino como herramienta complementaria al mismo⁹⁰.

⁸⁹ "Victims and Restorative Justice. Country reports". *Foro Europeo de Justicia restaurativa*. 2009.

⁹⁰ PERULERO GARCÍA, D. *Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal*.

Su aplicación en fase de ejecución permite compatibilizar el acuerdo alcanzado con la posibilidad de la suspensión de las penas privativas de libertad. Ya hemos explicado como la insolvencia del culpable lleva a una quiebra en las expectativas de las víctimas, tanto desde la perspectiva punitiva, como desde la reparación económica. Supone un gran avance que la nueva legislación penal haya incluido en su articulado la necesidad de cumplir el acuerdo de mediación que las partes hayan podido alcanzar como medida asociada a la concesión de la suspensión sustitutiva.

Sin embargo, al contemplarse como una posible condición no evita la ineficacia en la reparación de las víctimas, por lo que la consecución de una mediación exitosa debería ser acogida por la futura normativa como un requisito esencial para la concesión de la suspensión⁹¹, valorando el tribunal la predisposición del culpable a la reparación del daño, incluso ante la negativa de la víctima a la iniciación de la mediación, suponiendo un incentivo para el penado a fin de evitar la ejecución de la pena.

De esta forma, la negación de la concesión de la suspensión no estaría basada en la insuficiencia patrimonial para hacer frente a la responsabilidad civil, sino en la falta de voluntad de tomar conciencia sobre el daño provocado, mediante el sometimiento a un proceso de mediación o cualquier otra medida concebida por la justicia restaurativa.

La resistencia a la iniciación de un proceso reparativo o el incumplimiento de la reparación acordada, significaría el incumplimiento de uno de los requisitos necesarios para la aprobación de la suspensión de la pena. La falta de reparación impediría la concesión de la suspensión o supondría su revocación en caso de incumplimiento del acuerdo, ejecutándose la pena privativa de libertad.

CONCLUSIONES

La posición jurídica de la víctima en el proceso penal ha ido adquiriendo un mayor protagonismo, superando la visión de la justicia centrada en los intereses de la sociedad y los derechos y garantías del infractor, incorporando los intereses de aquellos perjudicados por el hecho delictivo. Esta nueva corriente, centrada en lograr una mejor satisfacción de la víctima, ha dado lugar, desde mediados del siglo XX, a la aparición de un nuevo modelo de justicia a nivel internacional, la justicia restaurativa, preocupada por una reparación integral de los intereses de las víctimas, tanto desde el punto de vista económico como moral.

La reparación económica de la víctima no es suficiente para combatir otros efectos provocados por el delito, como son la sensación de inseguridad, vulnerabilidad y vic-

⁹¹ ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. “La Justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario”. *Cuadernos penales José María Lidón: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao, Universidad de Deusto. 2013. Pág. 242.

timización. La incorporación de la mediación intrajudicial en el proceso penal, como uno de los instrumentos más utilizados en justicia restaurativa, permite la solución de conflictos de forma más ágil y satisfactoria para ambas partes implicadas que la proporcionada por el sistema tradicional.

Las modificaciones legislativas acaecidas recientemente han tratado de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico medidas que aseguren una mayor protección de los derechos de las víctimas, tanto durante la fase de enjuiciamiento como en la posterior ejecución de la sentencia dictada. Es precisamente en fase de ejecución cuando la reparación de la víctima se ve especialmente afectada, ante la concesión al condenado de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad interpuesta. A pesar de la previsión legal de la necesaria satisfacción, o el compromiso de satisfacer, la responsabilidad civil derivada del delito, la suspensión de la pena se concede aun existiendo una responsabilidad civil por satisfacer, incluso en casos en los que no se ha declarado la insolvencia del culpable.

La quiebra de las expectativas resarcitorias de las víctimas, tanto desde el punto de vista retributivo como económico, nos conduce a una total ineficacia en su reparación. Los resultados obtenidos en el análisis estadístico elaborado, nos permiten deducir la incapacidad del proceso penal para reparar efectivamente a las víctimas de delitos, distando de la totalidad, en gran medida, el porcentaje de casos en los que la indemnización se ha abonado íntegramente, a pesar de haberse previsto una indemnización en la gran parte de los casos analizados, además observando una mayor cuantía de estas ante la presencia de acusación particular. La ineficacia reparativa es especialmente visible en aquellos supuestos, en los que habiéndose concedido la suspensión de la pena, se ha declarado la incapacidad económica del culpable, operando la excepción por insolvencia.

Debido a las garantías operantes a favor de toda persona condenada por un delito en cualquier Estado de Derecho, y comprobada la ineficacia de las penas de prisión de corta duración, negar la concesión de la suspensión de la pena ante la falta de medios económicos resultaría una medida, además de injusta, inconstitucional.

Uno de los mecanismos más eficaces para evitar que la insolvencia del victimario frustre las expectativas resarcitorias de las víctimas es la instauración de un sistema de indemnizaciones por parte del Estado, subrogándose en la posición de la víctima. En nuestro ordenamiento, y siguiendo con la normativa europea, se prevén para víctimas de delitos violentos y de delitos de terrorismo, aunque con un alcance práctico muy limitado. Otra solución posible, y que debería verse reforzada como práctica habitual, es la adopción de medidas cautelares patrimoniales que permitan asegurar la indemnización que previsiblemente será determinada en sentencia, evitando prácticas disuasorias durante el transcurso del proceso que conduzcan a situaciones de insolvencias simuladas.

Comprobado el limitado alcance de la primera, y la insuficiencia en la aplicación de la segunda, la inclusión de la justicia restaurativa nos parece una medida más adecuada

para asegurar la reparación de las víctimas. A nivel europeo, la extensión de las medidas de diversión, que evitan la aplicación de una sanción penal mediante un proceso formal ante la reparación de la víctima debido a la consecución de un acuerdo en mediación o a través de otro tipo de medidas contempladas por la justicia restaurativa, han demostrado el éxito de este tipo de fórmulas autocompositivas, en este caso alternativas al proceso.

En nuestro país, el único ámbito en el que la conciliación víctima-autor implicaría el sobreseimiento del proceso lo encontramos en la jurisdicción de menores, pero no se prevé en el Derecho penal de adultos. Las herramientas de justicia restaurativa, se conciben como medidas complementarias al proceso, que pueden tener diferentes consecuencias en función del momento en que se alcance el acuerdo entre las partes, pudiendo consistir en una atenuación de la pena o en otro tipo de resultados como la suspensión o la obtención de beneficios penitenciarios.

Creemos, por lo tanto, que las sucesivas reformas legislativas deberían considerar la efectiva reparación de la víctima como un requisito esencial para la obtención de la suspensión y de otros beneficios una vez iniciada su ejecución, y en general como un objetivo prioritario a alcanzar por el proceso penal, incorporando los instrumentos que ofrece la justicia restaurativa, para lo que es necesario una regulación de su aplicación en el proceso pero sin limitar la flexibilidad que los caracteriza, empleando los instrumentos más adecuados a cada caso. De esta forma, siempre existirá alguna forma de reparación hacia la víctima, sin que el culpable pueda excusarse en la insolvencia para evitarla, y se propicie una reparación integral voluntaria, concibiendo la satisfacción de los intereses de la víctima como un objetivo principal a lograr en el proceso y no como una consecuencia utilizada en beneficio del culpable.

BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN IPIÑA, A. “¿La sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?”. *Criminología, victimología y cárceles*. 1996.
- CANO PAÑOS, M.A. “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado”. *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*. Diciembre 2014.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución*. www.fiscal.es.
- FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*. 1ª ed. Madrid: La Ley. 2005.
- FLORES PRADA, I. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. Septiembre 2015.

- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. “Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo”. *Diario La Ley*. 2001.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. Aranzadi. 2015.
- GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”. *Diario La ley*, núm. 8688. 2016.
- JAÉN VALLEJO, M. *Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad*.
- LACUEVA BERTOLACCI, R. “La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la reforma del Código Penal”. *Diario La Ley* núm. 8066. 2013. Citado por MORENO NAVARRETE, M.A. en “La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “alterum non laedere” y la desprotección de las víctimas y perjudicados”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.
- MAGRO SERVET, V. “La no suspensión de la ejecución de la pena en caso de impago de la responsabilidad civil”. *Práctica de Tribunales* núm. 111. *Diario La Ley*. 2014. Citado por MORENO NAVARRETE, M.A. en “La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “alterum non laedere” y la desprotección de las víctimas y perjudicados”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.
- MAGRO SERVET, V. *La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena*. Elderecho.com. 22 de abril de 2011. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/insolvenciacondenado-solicitudes-suspension-sustitucion_11_247180001.html
- MARTÍN RÍOS, M.M. “La reparación a las víctimas del delito por parte del estado: análisis del caso español”. *Rivista de Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*. 2008.
- MATA, E. *Tipos de libertad condicional*. Pamplona. 2015.
- MORENO NAVARRETE, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “alterum non laedere” y la desprotección de las víctimas y perjudicados”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. “La Justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario”. *Cuadernos penales José María Lidón: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao, Universidad de Deusto. 2013. Pág. 242.
- PERULERO GARCÍA, D. *Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal*.
- QUINTANA GIMÉNEZ, C. *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. www.fiscal.es.
- RENART, F. “Del olvido a la sacralización: víctima y ejecución de la pena. Análisis del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 17-14. 2015.

- RÍOS, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E. *Manual de Ejecución Penitenciaria*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas; 2016.
- RUIZ SIERRA, J. *Víctima y mediación penal*. Noticias jurídicas. 29 de octubre de 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulosdoctrinales/10614-victima-y-mediacion-penal/>
- SAEZ MALCEÑIDO, E. *Reflexiones sobre el juzgado de vigilancia penitenciaria y algunas de sus funciones ejecutivas*.
- SEVILLA, F. *Reforma de la suspensión de la ejecución de la pena*. Mundojurídico.info. 1 de abril de 2015.
- SOLETO MUÑOZ, H. "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España" en *Cuadernos penales José María Lidón: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao, Universidad de Deusto. 2013. Págs. 83-84.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J Y PORRES GARCÍA, I. "La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico". *Cuadernos penales José María Lidón: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao, Universidad de Deusto. 2013. Págs. 46-47.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. "El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005.
- TRENADO, J. *Aseguramiento de la responsabilidad civil en el proceso penal*. Observatorio de delincuencia económica.
- VALL RIUS, A. "El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española". *Diario La Ley* núm. 6528. 2006.
- "Victims and Restorative Justice. Country reports". *Foro Europeo de Justicia restaurativa*. 2009.

Webgrafía

- La nueva regulación de la suspensión, la sustitución de la pena y de la libertad condicional*. Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona. Disponible en: www.derechopenitenciariorio.com
- "Responsabilidad civil". *Guías jurídicas, Wolters Kluwer*. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA1MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwu-QQGZa pUt-ckhlQaptWmJOcSoASyB-4jUAAAA=WKE
- Suspensión y sustitución nuevo Código Penal 2015*. Urbe Servicios Jurídicos y Legales. Disponible en: <http://www.urbeabogados.com/noticias/suspension-y-sustitucion-nuevo-codigo-penal-2015>.

Capítulo VIII

LA INSOLVENCIA DEL CONDENADO

Catalina Guzmán Guzmán

1. LA INSOLVENCIA DEL CONDENADO A LA PENA DE MULTA

1.1. Concepto y fundamento de la pena de multa

La pena de multa responde al concepto de pena pecuniaria, entendiendo como tales aquellas sanciones que impone la legislación penal que gravan el patrimonio del condenado y se concretan en una cantidad de dinero¹.

Como ha sido mencionado con anterioridad, esta sanción penal de carácter pecuniario tiene por objetivo castigar al que ha actuado de un modo ilícito mediante la comisión de un delito tipificado en la legislación penal. Conviene destacar el destino al que va dirigido la cantidad obtenida mediante el pago de multas penales. La cantidad sustraída al condenado en concepto de multa corresponderá al Estado, y no al perjudicado por el delito, como podría pensarse más lógico. Esto se debe a la naturaleza de sanción de la multa, que busca castigar al condenado, que ha causado un perjuicio a la sociedad en su conjunto, y no restituir el daño producido a los intereses privados de las víctimas, como es el caso de la indemnización civil².

El hecho de que su objetivo sea castigar al reo y no reparar el daño que él causó tiene como consecuencia una pena desigual, ya que la fijación de la cuantía de la multa depende de sus circunstancias y no del daño causado a la víctima. Sin embargo, dicha desigualdad es necesaria³ ya que garantiza que el perjuicio sea el mismo para los conde-

¹ ROCA AGAPITO, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, p. 259.

² DIEGO DIAZ-SANTOS, M. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (1995). *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, p. 182.

³ Como establece la sentencia AP Málaga, secc. 3ª, de 28 de enero de 2005 “con el único propósito de buscar la igualdad de incidencia real sobre sujetos económicamente desiguales, se individualiza la cuota, teniendo en cuenta para ello exclusivamente, como dice el art. 50.5 del Código Penal EDL 1995/16398, la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.”

nados por el mismo delito, ya que una misma cantidad puede suponer un grave daño en el patrimonio de un reo y, sin embargo, ser casi insignificante para el de otro, por lo que es fundamental para que la multa cumpla su fin de castigar.

Según el criterio de ROLDÁN BARBERO⁴ este tipo de sanciones penales han evolucionado, convirtiéndose en el gran protagonista del sistema penal, como vía de escape de las sanciones privativas de libertad. Dicho autor entiende que una serie de factores tales como la sobreexplotación de los centros penitenciarios y el cambio de ideología relativo al aprovechamiento de recursos, propiciaron el desarrollo y evolución de la multa moderna. De este modo, a partir de los años sesenta viene a producirse una propulsión de la relevancia de la pena de multa, debido a su mayor utilitarismo en relación a la pena de prisión. A partir de ese momento, empezó a interesar más la multa como medio de liberación del mayor número de presos, careciendo de importancia su carácter desigual, ya que, independientemente de que unos pagasen más que otros, al menos los centros penitenciarios disminuían su carga de trabajo y aumentaban su eficiencia. Dicho criterio es compartido por BERISTAIN⁵ el cual afirmaba que “*El mundo de nuestra cultura considera las penas pecuniarias más útiles y más justas que las privativas de libertad*”, por lo que su aplicación es mucho más frecuente que la de las penas que restringen la libertad del penado, y es muy frecuente la sustitución de estas últimas por el pago de multas. La multa evita los elevados costes de mantener al condenado en prisión y, al mismo tiempo, supone una fuente de ingresos para el Estado, aunque no es este el objetivo, sino el daño al patrimonio del condenado⁶.

En cuanto a su clasificación, encontramos dos modalidades dentro de la pena de multa. En primer lugar, el sistema días-multa, constituye la principal en este tipo de sanciones⁷, tratándose por tanto de la regla general a la hora de determinar el importe de la pena. Este sistema consiste en la determinación de la sanción por medio de dos baremos, la extensión temporal de la sanción y la cuantía de la cuota diaria, por lo que se compone de una estructura bifásica. La determinación del valor total de la pena exige por tanto un doble juicio: por un lado, la extensión temporal de la multa dependerá de la gravedad del delito cometido y tendrá una duración mínima de diez días y máxima de dos años, como establece el artículo 50.3 del Código Penal, alcanzando un máximo de cinco años en caso de que el condenado sea una persona jurídica. Una vez fijada la extensión temporal de la pena de multa, de la misma manera que si se tratara de una pena privativa de libertad, se determinará la cuantía de la cuota atendiendo, en

⁴ ROLDÁN BARBERO, H. (1983). El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa. Madrid: Akal.

⁵ BERISTAIN IPIÑA, A. (1975). *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad (Anuario de derecho penal y ciencias penales)*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios jurídicos, p.380.

⁶ ROCA AGAPITO, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, p.268.

⁷ Art. 50.2 del Código Penal establece el sistema días-multa como regla general.

este caso, a la situación económica del condenado, teniendo en cuenta su patrimonio, rentas percibidas y cargas soportadas⁸.

El cumplimiento total de la pena de multa conlleva serias dificultades en la práctica pues, pese a ser una pena más leve que la privativa de libertad, el procedimiento para su ejecución es bastante más complejo, según hemos podido comprobar en nuestras visitas a los juzgados de la Comunidad de Madrid. En un primer momento, existen dificultades en la fijación de la pena, ya que debe investigarse previamente la situación patrimonial del reo, lo cual suele retrasar el procedimiento, cuando se lleva a cabo correctamente. Si bien es importante que se lleve a cabo esta investigación para fijar una pena adecuada y motivada, también puede suponer un problema que la recopilación de datos sea demasiado exhaustiva, ya que carecería de sentido y sería muy costosa. Por todo ello, deben tenerse en cuenta solamente los datos esenciales para conocer la situación económica del sujeto, tales como su oficio, su domicilio, o las personas que tiene a su cargo, que posibiliten una ponderación de la multa razonable⁹.

La segunda modalidad de multa, establecida en el artículo 52 del Código Penal, es el sistema de multa proporcional, cuya frecuencia es menor debido a su carácter excepcional dentro del ordenamiento jurídico español, aplicándose solo en los casos en que la legislación lo determine expresamente. La sanción se determina en este sistema en proporción a factores como el daño causado, el beneficio que le reportó el delito o el valor del objeto del delito. Este sistema se aplica en casos en que los máximos del sistema días multa no permiten sancionar debidamente al que delinque, debido a la magnitud del daño causado o el alto beneficio con él obtenido¹⁰.

1.2. Ejecución de la pena de multa. Responsabilidad personal subsidiaria

Una vez fijada la cuantía de la multa, aparecen los mayores obstáculos en la fase de ejecución. El pago de la sanción en el sistema días-multa se lleva a cabo diariamente, por importe de la cuota establecida en el proceso aunque es posible que el tribunal determine su cumplimiento en pago único, o en los plazos determinados, siempre que sea en un periodo inferior a dos años desde la sentencia y haya sido justificado debidamente por el juez¹¹.

⁸ ROCA AGAPITO, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, pp. 273-275.

⁹ Circular 2/2004, del 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de noviembre (primera parte).

¹⁰ STS nº 578/2012, sala 2ª, de lo Penal, 26 de junio de 2012 (blanqueo de capitales y tráfico de drogas); STS nº 480/2009, sala 2ª de lo Penal, 22 de mayo de 2009 (terrorismo); STS nº 111/2010, sala 2ª de lo penal, 24 de febrero de 2010 (delito contra la salud pública); sentencia AP de Valencia, sección 5ª, de 26 de abril de 2016 (delito contra la HP).

¹¹ Art. 50.6 del Código Penal

A la hora de analizar las consecuencias en casos de impago de las cuotas de la multa, debemos remitirnos de nuevo a su naturaleza de sanción, explicada en el epígrafe anterior. Siendo la finalidad buscada castigar, y no reparar, el impago de la multa en un principio debería dar lugar, a su sustitución por otro castigo equiparable del ordenamiento, ya que lo relevante no es la cantidad entregada al Estado, sino el daño producido en el patrimonio del perjudicado.

Por este motivo, el Código Penal prevé¹² la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa para los casos en que el importe de la sanción no sea satisfecho por el condenado, y la cataloga como pena privativa de libertad. Sin embargo, esta responsabilidad puede consistir en una pena de este tipo, consistiendo en penas de prisión o localización permanente, o puede consistir en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, dependiendo del caso concreto. Solamente se encuentra, por tanto, dentro de esta categoría porque puede potencialmente convertirse en una pena de estas características, pero no necesariamente lo es.

Encuentra su justificación en el principio de inderogabilidad de las penas¹³ y en la necesidad de evitar que el delito quede impune en caso de impago de la multa. De esta manera, en caso de que la multa no sea ejecutada, voluntariamente o en vía de apremio¹⁴, el condenado a su pago deberá cumplir un día de pena privativa de libertad, o de trabajos en beneficio de la comunidad, por cada dos cuotas diarias impagadas. En caso de que la multa fuese una pena impuesta por la comisión de un delito leve, podrá sustituirse por un día de localización permanente por cada dos cuotas impagadas¹⁵.

Esta figura es a menudo criticada¹⁶ debido a que puede ser entendida como una sanción dirigida exclusivamente a los más desfavorecidos, que son los que no podrán hacer frente a dicha multa, por no disponer de bienes embargables, por lo que no podrán librarse de la pena de prisión. Incluso ha llegado a cuestionarse su constitucionalidad, puesto que el derecho a la libertad podría estar sufriendo un menoscabo, ya que el condenado a una pena de multa que no pudiera satisfacerla cumplirá con una pena de prisión en sustitución de esta. Sin embargo, su constitucionalidad fue defendida por el Tribunal Constitucional¹⁷, haciendo esta alusión a los siguientes argumentos. En primer lugar, justifica la mencionada responsabilidad personal subsidiaria con la necesidad de que haya una sanción para la comisión de un ilícito penal. Paralelamente, debe entenderse que la pena privativa de libertad recae sobre una persona cuya responsabilidad

¹² Código Penal, artículo 53

¹³ ROCA AGAPITO, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, p.291.

¹⁴ GRACIA MARTÍN, L. (2012). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch Blanch, pp. 9495.

¹⁵ Art. 53.1 Código Penal.

¹⁶ ROCA AGAPITO, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch

¹⁷ Sentencia del TC Pleno de 16 de febrero de 1988.

penal por un delito previsto en la Ley ya ha sido probada, por lo que no puede quedar libre de sanción. Por último, el Tribunal alega que el fundamento de la pena de multa impagada no difiere del de la pena privativa de libertad que la sustituye, sino que es el mismo en ambos casos.

El cumplimiento de esta pena sustitutiva extingue la obligación del penado de pagar la multa que se le impuso, independientemente de si su situación económica mejora en un futuro¹⁸, debido a que ya ha sido sancionado por el mismo hecho delictivo. Esto se debe a que la multa, a diferencia de la indemnización, tiene como finalidad el castigo, y no el resarcimiento del daño a la víctima, por lo que sí ha sido sancionado por otro medio ya no es necesario el pago al que fue condenado en primer lugar.

Encontramos una limitación en el artículo 53.3 del Código Penal para el caso de que la multa acompañe a delitos cuya pena privativa de libertad sea superior a cinco años. El Tribunal Supremo interpreta¹⁹ este precepto añadiendo que ese límite de cinco años debe ser calculado conjuntamente con la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, nunca pudiendo rebasar en total el límite de cinco años. Por tanto, para los delitos más graves, la multa no será sustituida por prisión, localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad, sino que no será ejecutada²⁰.

Del mismo modo puede producirse, durante la ejecución, un cambio en la situación económica del condenado, ya sea a mejor o a peor. En estos casos el Código Penal establece en su artículo 52.3 la posibilidad de modificar la pena pecuniaria impuesta inicialmente, variando los plazos o la cuantía de las cuotas diarias. El número de cuotas que deberá pagar el condenado no deberá ser modificado por dicho cambio de circunstancias ya que, como ha sido mencionado, dicho número atiende a la reprochabilidad del hecho ilícito, en ningún caso responde a la capacidad económica del sujeto. Tampoco es posible una modificación al alza de la cuantía de la cuota en caso de una mejor situación económica del reo, basándonos en la prohibición de *reformatio in peius*, pero sí podrían modificarse los plazos de pago, o denegarse algún aplazamiento otorgado, en caso de entenderse que puede hacer frente al pago con mayor facilidad que en el momento de fijación de la multa²¹.

¹⁸ Art. 53.4 del Código Penal

¹⁹ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2005 (sobre el cómputo de la pena privativa de libertad a los efectos de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa) que establece: “la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP”

²⁰ Pudiendo llevar al absurdo en algunos casos en los que la pena es muy próxima a dicho límite, como establece la STS sala 2ª, de 22 de junio de 2007: “De este modo resultaría que quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad, como indica la pena inferior impuesta, debería cumplir una pena privativa de libertad de mayor gravedad que el que alcanzaba los cinco años y un día, lo que constituye un absurdo intolerable.”

²¹ Circular 2/2004, del 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), VIII.4. Modificación de plazos y de cuantía de cuotas

1.3. Análisis jurisprudencial: insolvencia frente a la multa

En el epígrafe anterior, analizábamos el hecho de que si el fin de la multa es castigar, en caso de impago debería ser sustituida esa sanción por otra equiparable del ordenamiento jurídico, por lo que la responsabilidad personal subsidiaria está justificada para los casos de impago. Sin embargo, como ha sido mencionado en el epígrafe anterior, ha sido muy criticada, por lo difícil que es poner al mismo nivel dos penas tan distintas.

En primer lugar, es necesario analizar los bienes jurídicos que están en juego en ambos tipos de sanciones. Para el caso de la multa, se está menoscabando el patrimonio del condenado, al imponerle el pago de una determinada cantidad de dinero. Por otro lado, en el caso de las penas de prisión o localización permanente, se está dañando el derecho del reo a la libertad. Sin embargo, como establece el mismo artículo 53 del Código Penal en su primer apartado, el juez no está obligado a imponer dichas sanciones al condenado que no paga la multa, sino que dispone de una última alternativa y es sustituir el pago de la multa por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Un análisis jurisprudencial²² nos muestra la problemática que se plantea en los recursos de apelación en los que el condenado al que se le impuso la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa recurre tal decisión, declarándose insolvente. Pese a que es claro que la multa, por su naturaleza, puede ser sustituida por otra sanción que no sea necesariamente el desembolso de una cantidad monetaria, se plantea un debate en el que el principio de proporcionalidad se enfrenta al de inderogabilidad de las penas y la vigencia y eficacia de la norma penal.

En la totalidad de Autos analizados de Audiencias Provinciales es compartido el argumento de que el principal problema es *“la diferencia cualitativa existente entre la libertad y el patrimonio como valores jurídicos y la dificultad consiguiente de transformar penas patrimoniales en penas privativas de libertad en los casos de insolvencia.”* Además de afirmar todos ellos la diferencia de ambas penas, establecen la mayor protección que otorga el ordenamiento al bien jurídico de la libertad frente al del patrimonio, afirmando que existe una gran diferencia jerárquica entre ambos. Es por esto por lo que se trata en ellos, en la medida de lo posible, de evitar la sustitución de la pena de multa por la pena de prisión en los casos de insolvencia, ya que se ven afectados con ello los principios de proporcionalidad e igualdad.

Comprobamos en la mencionada jurisprudencia que en cada sentencia se valoran las circunstancias del condenado en cuestión, de manera que se valoran cuestiones

²² En adelante se llevará a cabo el análisis exhaustivo de los siguientes Autos: Auto nº 132/2011, de AP de Álava, sección 2ª, 16-03-2011; Auto nº 421/2010, de AP de Las Palmas, Sección 6ª, 28-09-2010; Auto nº 348/2011, de AP de Álava, sección 2ª, 22-08-11; Auto nº 157/2004, AP de Girona, sección 3ª, 15-03-2004; Auto nº 289/2010, de AP de Jaén, sección 3ª, 30-11-2010; Auto 207/2011 AP de Castellón, sección 2ª, 15-6-11; Auto nº 368/2008, de AP de Barcelona, sección 20ª, 22-04-2008.

como la precariedad de su situación económica, la gravedad del delito para la sociedad o la reincidencia del condenado. Teniendo en cuenta todos los factores, se toma una decisión sobre la procedencia o no de la sustitución de la multa por el cumplimiento de la pena en centro penitenciario o por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

En la mayoría de los casos²³ analizados los recursos de apelación son estimados, sustituyéndose el cumplimiento continuado en centro penitenciario por el cumplimiento del mismo número de días de realización de trabajos en beneficio de la comunidad, debido a que no suponen un menoscabo tan grave de la libertad del condenado, siempre y cuando la Sala discrecionalmente lo acuerde, teniendo en cuenta las circunstancias antes mencionadas. Sin embargo, en dos de las resoluciones analizadas, se desestima el recurso y se confirma la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa consistente en el cumplimiento continuado de la pena en centro penitenciario²⁴. En ambos casos se trata de delincuentes habituales, condenados por delitos de maltrato en el ámbito familiar, delitos con mala reputación en la sociedad, por lo que también puede haber un componente ejemplarizante. La Sala justifica su decisión mediante el argumento de que conceder el beneficio a estos sujetos podría dar una imagen de impunidad. Como consecuencia, los tribunales deciden en estos casos no otorgar el beneficio de sustituir la prisión por los trabajos en beneficio de la comunidad ya que, como ambos Autos establecen, estarían otorgando al condenado una especie de impunidad por sus repetidas infracciones.

2. LA INSOLVENCIA FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN

2.1. Responsabilidad civil derivada del delito

Como fue mencionado al inicio de este estudio, el delito penal lleva consigo, ciertas consecuencias de naturaleza distinta a la penal, como es el caso de la obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado. Este tipo de responsabilidad, pese a tener naturaleza civil, se encuentra regulada en el Código Penal en el Título V de su Libro I, el cual establece su extensión, las personas consideradas civilmente responsables y su modo de cumplimiento. Además, la responsabilidad civil derivada del delito se exige y decide

²³ Auto nº 132/2011, de AP de Álava, sección 2ª, 16-03-2011; Auto nº 348/2011, de AP de Álava, sección 2ª, 22-08-11; Auto nº 157/2004, AP de Girona, sección 3ª, 15-03-2004; Auto nº 289/2010, de AP de Jaén, sección 3ª, 30-11-2010; Auto 207/2011 AP de Castellón, sección 2ª, 15-6-11.

²⁴ Auto nº 421/2010, de AP de Las Palmas, Sección 6ª, 28-09-2010; Auto nº 368/2008, de AP de Barcelona, sección 20ª, 22-04-2008. En ambos casos se desestima el recurso de apelación por ser delincuente habitual de malos tratos en el ámbito familiar.

en el proceso penal como norma general, ya que la exigirá de oficio el Ministerio Fiscal²⁵, pero las normas que la rigen, de carácter civil, están sometidas a los principios generales del Derecho civil, y así lo establece jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo²⁶.

A diferencia de la multa, no tiene carácter sancionador, sino de resarcimiento. De esta manera, aunque multa y responsabilidad civil consistan en que el condenado pague una cantidad de dinero, el objetivo de dicho pago es distinto, buscándose en este caso que el o los perjudicados por el delito sean parcialmente compensadas, es decir, ya no se trata de un fin colectivo sino de tutelar los intereses privados de las víctimas²⁷. Al estar orientado a reparar el daño efectivamente causado, será posible una estimación objetiva de su cuantía, que atenderá a la valoración del daño a reparar, el cual debe ser expresamente probado²⁸, y no a la reprochabilidad del delito que cometió el condenado. Como consecuencia, puede que la comisión de un delito leve de lugar a una indemnización alta²⁹, debido al valor económico del daño o que delitos muy mal vistos por la sociedad no deriven en responsabilidad civil.

La responsabilidad civil derivada del delito carece de carácter personal³⁰, tanto su pago como su recepción, por lo que ambas posiciones pueden ser asumidas por terceros. Es preciso, por tanto, diferenciar entre sujeto pasivo del delito y perjudicado, ya que pueden no coincidir, pudiendo percibir la indemnización una persona distinta al sujeto pasivo, por haber sufrido un daño patrimonial o moral como consecuencia de este³¹.

Del mismo modo, su pago pueda ser impuesto a un tercero que no cometió el hecho delictivo, ya que lo relevante es que el afectado por el delito reciba la indemnización, y no que el que lo cometa sufra un daño en su patrimonio. Por ello, debe hacerse una diferenciación entre el responsable civilmente y el criminalmente responsable. La regla general es que coincidan como establece el Código Penal en su artículo 116.1, ya que en primer lugar deberá responder el condenado por el delito de los daños que haya causado. Sin embargo, hay algunos casos en los que el responsable civilmente es distin-

²⁵ CHOZAS ALONSO, J. (2015). Los sujetos protagonistas del proceso penal. Madrid: Dykinson., p. 424.

²⁶ STS sala 2ª de 22 de abril de 2009 establece "Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir al régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 C. Civil)."

²⁷ DIEGO DIAZ-SANTOS, M. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (1995). Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Tecnos, p. 182

²⁸ STS Sala 2ª, de 5 de febrero de 2007, nº 66/2007, rec. 1001/2006, establece la obligación de demostrar el daño, nunca se presume.

²⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., coord. (2016) *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre El Derecho, Parte III Consecuencias jurídicas del delito, p. 6221.

³⁰ DIEGO DIAZ-SANTOS, M. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (1995). *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, p.182

³¹ FUENTE HONRUBIA, F. (2004). Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Valladolid: Lex Nova, pp. 277-279.

to al criminalmente responsable, debido a que en el autor concurra alguna circunstancia eximente de responsabilidad criminal, o debido a que el responsable civilmente lo sea, según la Ley, por delitos ajenos³².

Por un lado, están los casos en que no existe responsabilidad criminal debido a que concurre alguno de los eximentes previstos en los artículos 14 y 20 del Código Penal. En estos supuestos la legislación excluye la responsabilidad criminal debido a que el autor llevó a cabo el ilícito pero no tuvo conciencia de lo que suponían sus actos, actuaba movido por error invencible, una alteración psíquica permanente o momentánea, miedo insuperable o estado de necesidad. Pese a ello, la responsabilidad civil no será dispensada³³ en estos supuestos, ya que la víctima del ilícito debe ser reparada. En todos ellos, pese a no existir responsabilidad criminal, sí habrá responsables civiles, que podrán ser los mismos que cometieron el hecho delictivo, las personas bajo cuya tutela o potestad se encuentren, las personas en cuyo favor se haya precavido el mal y las personas que causaran el miedo insuperable o los que ejecutaran el hecho dañoso³⁴, según cada caso concreto. Por último, también serán responsables directas las compañías aseguradoras³⁵ respecto de los delitos cometidos por sus asegurados, siempre que los daños formen parte del objeto del contrato, ya que asumieron dicho riesgo al suscribir el contrato, y solamente en la cantidad acordada en la póliza.

El segundo supuesto corresponde a aquellos ilícitos en los que sí es identificable el responsable criminal pero, por algún motivo, otro u otros sujetos responden subsidiariamente por él en lo que a la indemnización a la víctima se refiere³⁶. El hecho de que en estos supuestos exista un responsable civil distinto al autor del delito tiene como justificación la protección de los intereses de la víctima ante la falta de capacidad económica del responsable criminal, requisito básico para que nazca la obligación del responsable subsidiario³⁷ ya que el obligado a restituir en primer lugar es el responsable criminal.

Una vez formalizado el pago del responsable civil subsidiario, este dispondrá de un derecho de repetición contra el condenado, como establece el artículo 111 del Código Penal pero en un primer momento tendrá la obligación de pagar.

De esta manera, existen diferencias entre los distintos tipos de responsabilidad civil, habiendo ilícitos en los que la indemnización se exigirá directamente al responsable civil distinto del autor del delito, como es el caso de las aseguradoras y, por el contrario,

³² GONZÁLEZ ORVIZ, M. (2008). *Responsabilidad civil derivada del delito*. Barcelona: Bosch, p.14-39.

³³ GRACIA MARTÍN, L. (2012). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch), p. 226.

³⁴ GRACIA MARTÍN, L., (2012) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.227-229.

³⁵ CHOZAS ALONSO, J. (2015). *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Madrid: Dykinson, p.444.

³⁶ CHOZAS ALONSO, J. (2015). *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Madrid: Dykinson, p.444.

³⁷ MORENO MARTÍNEZ, J. (2008). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson., p. 351.

otros en los que el responsable civil solo estará obligado subsidiariamente, en caso de no poder afrontar el pago el condenado³⁸.

Destaca en la responsabilidad civil derivada del delito el derecho de disposición³⁹ que posee la víctima en relación a esta, en contraposición a lo que ocurre con la multa. La multa deberá ser pagada por el condenado, independientemente de que la víctima no lo exija, ya que forma parte del castigo del que delinque, al igual que la pena privativa de libertad. Sin embargo, la víctima puede renunciar a la indemnización, o llegar a un acuerdo extrajudicial sobre su cuantía, o puede reservarse la acción para un procedimiento civil posterior, no pudiendo en ningún caso solicitarlo por ambas vías⁴⁰.

A su vez, la legitimación activa también es distinta en las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, debido a su distinta naturaleza, pudiendo solo ejercitar la acción los perjudicados por el delito, no estando legitimada la acusación popular para reclamarla en nombre del perjudicado⁴¹. También es peculiar el momento de su extinción. A diferencia de la pena de multa, que se extingue con la muerte del condenado, la responsabilidad civil perdura mientras lo haga el patrimonio de éste, debido a su objetivo de resarcir al agraviado, en lugar de castigar al que delinque⁴².

2.2. Consecuencias del impago y declaración de insolvencia frente a la indemnización

Por último, tras haber analizado el concepto de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal y su objetivo, debemos ocuparnos de la ejecución de esta y las consecuencias de su impago.

Cuando se inicia la ejecución de una sentencia en la que se ha establecido indemnización, el tribunal que se encargue de la ejecución de la totalidad de la sentencia deberá garantizar el pago a la víctima de dicha cantidad con carácter prioritario⁴³. Dicha prioridad viene dada por el orden de prelación fijado en el artículo 126 del Código Penal para los pagos del condenado. En este sentido, las cantidades que percibe el tribunal que esté llevando a cabo la ejecución, en primer lugar irán destinadas a cubrir la cuantía de la indemnización, en segundo lugar a las costas y por último a la multa.

³⁸ MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2002). *La aplicación de la pena: estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch.

³⁹ STS Sala 2ª, de 15 de mayo del 2012 casos se deja sin efecto la responsabilidad civil reconocida en las sentencias que las anteceden ya que dichas indemnizaciones no fueron solicitadas expresamente por la parte afectada.

⁴⁰ La STS Sala 2ª, de 27 de octubre de 2010 deja sin efecto la responsabilidad civil porque ya se había solicitado en vía civil.

⁴¹ STS Sala 2ª, de 12 de marzo de 1992, nº 338/1992.

⁴² Art. 115 LECrim

⁴³ GONZÁLEZ ORVIZ, M. (2008). *Responsabilidad civil derivada del delito*. Barcelona: Bosch.

Los perjudicados por el delito gozan de un mayor grado de protección, poniendo sus intereses en primer lugar⁴⁴.

Pese a ello, se plantean dificultades para su ejecución, al igual que ocurre con el pago de las multas, cuando el responsable civil se declara insolvente. Las sanciones pecuniarias son más costosas de ejecutar que las privativas de libertad, ya que no solo dependen del poder punitivo del Estado, sino que muchas veces se ven frustradas por la inexistencia de bienes embargables⁴⁵ suficientes en caso de llevarse a cabo la ejecución forzosa.

Como ya se ha mencionado la función de la responsabilidad civil es resarcitoria, por lo que la consecuencia del impago por parte del condenado de la cantidad correspondiente a la responsabilidad no dará lugar, a diferencia de lo que ocurre en caso de impago de multa, a su sustitución por una pena privativa de libertad⁴⁶. Al tratarse de una reparación a la víctima, carecería de sentido la sustitución de dicho pago por una pena de prisión, debido a que el castigo del autor del delito no supondría la consecución del objetivo buscado.

En casos de insolvencia del condenado, hay una serie de cuestiones que debemos analizar. En primer lugar, teniendo en cuenta que, una vez declarado que el condenado es insolvente, se procede al archivo del expediente⁴⁷, es necesario analizar el problema más evidente que se plantea: el hecho de que mejore la situación económica del condenado sin que el juzgado que lleve a cabo la ejecución conozca este hecho. Para prevenirlo, la situación económica de los condenados de estos expedientes debe ser revisada con cierta periodicidad lo cual debe ser instado por el fiscal⁴⁸ de cara a cumplir con su función de investigación patrimonial durante el proceso penal, impuesta por la Circular 4/2010. Por ello, hasta que transcurra el plazo de prescripción de la obligación de indemnizar, debe investigarse el patrimonio del condenado cada cierto tiempo, para tratar de garantizarse la efectividad de la sentencia. Transcurrido este último, la víctima perderá su derecho a ejecutar la indemnización.

En este sentido, merece especial mención la figura del responsable civil subsidiario, que implica que en determinados casos, un tercero responderá en caso de insolvencia

⁴⁴ MORENO MARTÍNEZ, J. (2008) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson Madrid, p. 365-366

⁴⁵ Del análisis de expedientes ejecutorios procedentes de Juzgados de Madrid y Getafe y de la Audiencia Provincial disponemos de información sobre insolvencia de 1072 expedientes y en aproximadamente el 35% de ellos todos los acusados han sido declarados insolventes o se ha declarado la inexistencia de bienes embargables (ver tabla A. 1 del anexo).

⁴⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, F., coord. (2016) *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre El Derecho.

⁴⁷ RUESTA BOTELLA, M. (2008). *La ejecutoria penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 124.

⁴⁸ Circular nº 4/2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal establece que en caso de archivo provisional por insolvencia “se instará periódicamente, de conformidad con los criterios que deben establecer los Sres. Fiscales Jefes, la revisión de las ejecutorias en esta situación para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, hasta que prescriba el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas.”

del condenado, como se ha mencionado con anterioridad. Ello resulta beneficioso en la ejecución de esta obligación, ya que ofrece una garantía mayor que en el pago de la multa, al establecer una serie de personas que pagarán en caso de que el responsable civil directo sea insolvente. Como contrapartida, en casos en los que no haya responsables civiles solventes ni bienes embargables, la indemnización no se satisfecerá, a diferencia de lo ocurrido con la multa, ya que no es sustituible por la pena de prisión. Por este motivo, algunos autores⁴⁹ creen que, en determinados casos, el Estado debería hacer frente a la indemnización de las víctimas de determinados delitos si el condenado se declara incapaz, para impedir que lo dispuesto en la sentencia sea inútil y que la víctima vea reparado el daño que se le ha causado.

Es relevante comentar el atenuante expuesto en el artículo 21.5 del Código Penal, que implica que la reparación del daño a la víctima puede disminuir la sanción penal, estableciendo una menor duración de la pena privativa de libertad o una multa menor. Dicha reparación no debe ser entendida de un modo estricto para la aplicación de este atenuante, ya que tiene en cuenta el aspecto objetivo y el subjetivo de la reparación⁵⁰. A tal fin, se considera, junto con el porcentaje de daño efectivamente reparado (aspecto objetivo), el esfuerzo realizado por el condenado según su situación económica (aspecto subjetivo). Por tanto, una reparación meramente parcial, en los casos en que el condenado se encuentra en una difícil situación económica, puede atenuar la pena considerablemente. Esto es relevante ya que los condenados a penas de prisión evitan declararse insolventes para reducir su pena⁵¹, haciendo frente, muy poco a poco, a la indemnización para demostrar que están tratando de reparar el daño que han causado y, de este modo, rebajar la pena.

3. PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR LA INSOLVENCIA

En caso de que el condenado carezca de ingresos o bienes embargables no se le podrá exigir el pago de la multa ni de la responsabilidad civil, con las consecuencias que ello conlleve, como ha sido mencionado en los epígrafes anteriores. Para ello, es preciso que haya sido declarada la insolvencia del sujeto. A continuación se hará referencia al procedimiento a seguir para decretarla.

⁴⁹ PEREZ SANZBERRO, G. (1999). Reparación y conciliación en el sistema penal. Granada: Comares, p. 18.

⁵⁰ GARCÍA SOLÉ, M. Y MARTÍ GARCÍA-MILÁ, N. (2014) Justicia restaurativa: la circunstancia atenuante del art. 21.5 del CP de reparación del daño ocasionado a la víctima. En *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, pp. 109-122.

⁵¹ RUESTA BOTELLA, M. (2008) *La ejecutoria penal*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pp.21-23.

En primer lugar, es necesaria una averiguación de bienes previa para comprobar la situación económica del individuo condenado al pago, lo cual implica una gran dedicación y bastantes complicaciones. Dicha dificultad se debe a que el procedimiento engloba multitud de tareas, ya que debe comprobarse, entre otras cosas, si el condenado tiene propiedades, si posee cuentas corrientes, si está dado de alta en la Seguridad Social y sus últimas declaraciones de impuestos⁵².

La investigación del patrimonio del condenado puede iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal⁵³; pero también comprobamos que, en muchos casos, el mismo condenado es quien solicita este trámite con ánimo de demostrar que su situación económica no le permite afrontar el pago actualmente, solicitando que se le declare insolvente o, en su caso, el fraccionamiento del pago⁵⁴.

Cuando finalmente queda probado que no existen bienes embargables y se decreta la insolvencia, el juez dicta auto de archivo provisional del procedimiento⁵⁵, acordándose éste hasta que mejore la situación económica del demandado y pueda ejecutarse íntegramente la sentencia, solo entonces se podrá hablar de archivo definitivo del procedimiento.

Dicho procedimiento permanecerá archivado hasta que cambie la situación patrimonial del responsable civil, lo cual debería ser comprobado con relativa frecuencia, momento en el que volverá a iniciarse. La obligación de instar la revisión de la solvencia del penado corresponde al fiscal⁵⁶. El archivo definitivo no se produce hasta que no se ha satisfecho la totalidad de la indemnización aunque, en algunos casos, se tiene por ejecutada la sentencia por un acuerdo entre las partes. Esta facultad de acordar el fin del procedimiento es consecuencia del antes mencionado carácter civil de la sanción y el derecho de disposición que ostenta la víctima.

Durante nuestro estudio visitando diversos Juzgados de Madrid, Getafe y la Audiencia Provincial de Madrid, pudimos comprobar que, pese a que esta es la manera de proceder más común, en los Juzgados de Getafe tenían otra manera de proceder algo más exigente. Si la averiguación de bienes no era fructífera, en muchos casos no se decretaba la insolvencia sino que se establecía llanamente la “falta de bienes encontrados”. Como consecuencia, no se archivaba el procedimiento y se requería del condenado el pago de una cantidad periódica, por pequeña que fuera, de tal modo que el procedimiento no se abandonaba. Esta última forma es claramente más costosa y requiere una mayor dedicación, obligándose el juzgado en cuestión a seguir comprobando el

⁵² RUESTA BOTELLA, M. (2008) *La ejecutoria penal*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pp.123-124.

⁵³ Circular nº 4/2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

⁵⁴ GONZÁLEZ ORVIZ, M. (2008). *Responsabilidad civil derivada del delito*. Barcelona: Bosch, p.63.

⁵⁵ RUESTA BOTELLA, M.(2008) *La ejecutoria penal*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 123-124.

⁵⁶ Circular nº 4/2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

estado de sus cuentas bancarias y patrimonio hasta la satisfacción total de la deuda. Esta manera de proceder ayuda a que la víctima vea reparado el bien jurídico que le fue dañado, asegurando una sentencia más eficaz. Sin embargo, puede ser ineficiente, teniendo en cuenta el grueso número de expedientes ejecutorios que van a parar cada día a los juzgados de ejecución de Madrid y Getafe, según nuestra experiencia durante la elaboración de la base de datos.

Es por ello que a mi juicio se plantea un debate en relación a si es más importante ejercer presión sobre el condenado, incapaz de pagar lo que le es requerido, y luchar contra el hecho de que el autor insolvente de un delito vea dispensado su deber de reparar; o, por el contrario, si es necesario que se archiven provisionalmente los procedimientos que no van a dar frutos durante un largo periodo de tiempo, para poder hacer frente a los demás, evitando un sistema de ejecución penal desbordado.

4. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN

La duración, muchas veces larga, del procedimiento penal puede hacer que determinados bienes del procesado salgan de su patrimonio, lo cual entorpecería la futura ejecución de una sentencia condenatoria⁵⁷. Por ello, surge la necesidad de asegurarla mediante medidas cautelares. Parece esencial el estudio de estas en lo relativo a la prevención frente a la futura declaración de insolvencia del condenado.

FERNADEZ-GALLARDO⁵⁸ abunda en la importancia de la correcta elaboración, anterior a la sentencia, de la pieza de responsabilidades pecuniarias, como garantía de la efectividad de las sanciones pecuniarias, tanto de la multa como de la responsabilidad civil. Esta pieza estará compuesta por una detallada descripción de los distintos bienes del condenado, fruto de una previa averiguación de su patrimonio, y por las medidas cautelares de carácter pecuniario que se soliciten para asegurar dichos bienes.

En los Juzgados de Instrucción se trata de un trámite al que no se ha dado la prioridad que merece, ya que su importancia es crucial a la hora de garantizar la efectividad de las sanciones pecuniarias y debería exigirse siempre, por el mero hecho de haber indicios de responsabilidad criminal del sujeto⁵⁹. El art. 764 de la LECrim remite a la normativa civil y, por tanto, exige la instancia de parte para la toma de estas medidas, solo pudiendo el juez asegurar de oficio las sanciones penales, es decir, nunca la indemnización corres-

⁵⁷ GÓNZALEZ ORVIZ, M. Responsab...p. 65

⁵⁸ FERNÁNDEZ-GALLARDO J. (2016). Formación, tramitación y conclusión de la pieza de responsabilidades pecuniarias. *Revista general de derecho procesal*, 39, pp.1-42

⁵⁹ GARCÍA SOLÉ, M. Y MARTÍ GARCÍA-MILÁ, N. (2014) Justicia restaurativa: la circunstancia atenuante del art. 21.5 del CP de reparación del daño ocasionado a la víctima. En *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, pp. 109-122.

pondiente a la responsabilidad civil⁶⁰. El fiscal, por el contrario, tiene la obligación de solicitar la tramitación de la pieza de oficio⁶¹, aunque no se solicita siempre.

Su función primordial es la salvaguarda del interés de las víctimas, ya que son las primeras en recibir la indemnización del condenado, como establece la prelación de pagos del artículo 126 del Código Penal. Es por ello que ha sido erróneamente denominada “pieza de responsabilidad civil⁶²”, pese a servir de garante de otros tipos de sanción, debido a que es la que goza de una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico español.

La correcta elaboración de la pieza de responsabilidades pecuniarias implica una investigación exhaustiva relativa al patrimonio del demandado y, una vez identificados los bienes de éste, exige un correcto aseguramiento de los mismos mediante diversas medidas para garantizar los intereses de la víctima y el cumplimiento de la sanción. Este trámite debe llevarse a cabo en el procedimiento de instrucción, y no en la ejecución, cuando ya es posible que los bienes que podían haber satisfecho la indemnización al perjudicado ya hayan desaparecido del patrimonio del condenado. Por ello, lo más efectivo es asegurar el pago previamente⁶³.

Las citadas medidas cautelares se encuentran reguladas en el artículo 589 y siguientes del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige como presupuesto básico para su adopción la existencia de indicios suficientes de criminalidad contra el demandado.

El importe de la fianza, como establece el citado artículo 589, es establecido por el juez en atención a todas las sanciones pecuniarias probables, tanto de naturaleza penal como civil, no pudiendo la cantidad acordada ser inferior a la tercera parte de la suma de la multa y la responsabilidad civil. Una vez establecida la potencial condena, deberá el juez solicitar el depósito de la cantidad que haya convenido como fianza para asegurar su cumplimiento y, en caso de no cumplirse, embargar bienes del patrimonio del condenado por igual valor. Ambas medidas se establecerán en el mismo auto del juez, estableciéndose la adopción de la última en caso de incumplimiento de la primera⁶⁴.

Por todo ello, es preciso destacar que garantizar los derechos de la víctima o la debida sanción del que delinque no termina con el hecho de una sentencia motivada en la que se establezca una sanción, sino que es necesario garantizar que la misma es efectiva, y esto se lleva a cabo mediante el proceso de ejecución. Sin embargo, la ejecución no siempre podrá llevarse a cabo en gran parte debido a no haberse tomado medidas

⁶⁰ GLEZ ORVIZ...pp.64-65

⁶¹ Circular...

⁶² FERNÁNDEZ-GALLARDO J. (2016). Formación, tramitación y conclusión de la pieza de responsabilidades pecuniarias. *Revista general de derecho procesal*, 39, pp.1-42.

⁶³ CASTRO FELICIANO, A. (2013). Aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en el procedimiento abreviado. *Cuadernos De Política Criminal*, 110.

⁶⁴ Art. 597 LECrim

cautelares destinadas a asegurar el futuro contenido de la sentencia, ya que el autor del delito podría haber enajenado ilegalmente sus bienes con el fin de ocultarlos y evitar el pago de la sanción. Es por esto por lo que las medidas cautelares aquí explicadas son la pieza clave del sistema.

Sin embargo, hemos podido comprobar durante el análisis de expedientes ejecutorios en Madrid y Getafe, las carencias del sistema procesal penal español en lo que a medidas aseguradoras de la sentencia se refiere⁶⁵. De entre los expedientes de la muestra que presentan información acerca de si se han tomado medidas cautelares durante la ejecución, podemos concluir que solo en un 15% de los expedientes analizados se ha tomado alguna medida cautelar patrimonial como, por ejemplo, un embargo. Algo mayor es el porcentaje de expedientes en los que se ha solicitado fianza, suponiendo un 27% de los casos.

En las visitas a los distintos órganos judiciales ya nombrados concluimos que existen diferencias en la tramitación de estas medidas. En primer lugar, en cuanto al momento en que se lleva a cabo la averiguación de bienes tendente a averiguar si el reo dispone del patrimonio suficiente para la efectiva ejecución de la sentencia. Por el testimonio de algunos de los funcionarios que colaboraron en la construcción de la base, entendemos que cada uno tiene su manera de proceder. De este modo, algunos opinan que llevar a cabo la averiguación de bienes antes de que el condenado o el Ministerio Fiscal soliciten la declaración de insolvencia, puede suponer un menoscabo de su intimidad. Por tanto, no llevaban a cabo la tramitación de la pieza hasta que no tenían la obligación de hacerlo. Sin embargo, otros tienden a llevarla a cabo de oficio al comenzar la instrucción, como un trámite más a seguir. Observamos, a su vez, que en muchos casos no se tramita esta pieza, porque el fiscal o la acusación popular no solicitan en sus escritos la fijación de una fianza, o que, una vez fijada la cantidad en la pieza separada de responsabilidades pecuniarias, no llega a ejecutarse lo dispuesto en ella.

CONCLUSIONES

Ha quedado patente que la insolvencia es uno de los mayores obstáculos que tiene la Justicia en la actualidad. El hecho de que un condenado no pueda hacer frente a la pena de multa tiene más sencilla solución, como ha quedado claro mediante el análisis de la jurisprudencia principal. De esta manera, en los casos más reprochables para la sociedad, o en casos de reincidencia, suele sustituirse por la pena de prisión que tiene la misma finalidad por lo que, pese a su sustitución, la nueva pena cumplirá con su objetivo.

En lo que respecta a la indemnización, la problemática es mayor, debido a que la responsabilidad civil derivada del delito solo cumplirá con su función en caso de que la

⁶⁵ Véanse las tablas A.2. y A.3. del documento Anexo.

víctima reciba la cantidad monetaria correspondiente. Para solucionar este problema, concluimos que hay dos alternativas. En primer lugar, algunos miembros de la doctrina opinan que debe ser el Estado el que repare a las víctimas para que no queden desprotegidas, en caso de que sea insolvente el responsable civil. Otra parte de la doctrina considera que lo fundamental estriba en el aseguramiento de la cantidad previamente mediante medidas cautelares. Estas medidas son muy escasas debido a que no se realiza la pieza de responsabilidades pecuniarias con el esmero que merece.

Por último, es necesario que la Justicia revise periódicamente los expedientes que han sido archivados provisionalmente con mayor rigor, debido a que es preciso comprobar que la insolvencia continúa patente. Sin embargo, esto desemboca en mayores costes en eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN IPIÑA, A. (1975). *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad (Anuario de derecho penal y ciencias penales)*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios jurídicos, p. 380.
- CASTRO FELICIANO, A. (2013). Aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en el procedimiento abreviado. *Cuadernos De Política Criminal*, 110.
- CHOZAS ALONSO, J. (2015). *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Madrid: Dykinson, pp. 424-444.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. y FABIÁN CAPARRÓ S, E. (1995). *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ-GALLARDO J. (2016). Formación, tramitación y conclusión de la pieza de responsabilidades pecuniarias. *Revista general de derecho procesal*, 39, pp.1-42.
- FUENTE HONRUBIA, F. (2004). *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*. Valladolid: Lex Nova.
- GONZÁLEZ ORVIZ, M. (2008). *Responsabilidad civil derivada del delito*. Barcelona: Bosch.
- GARCÍA SOLÉ, M. Y MARTÍ GARCÍA-MILÁ, N. (2014) Justicia restaurativa: la circunstancia atenuante del art. 21.5 del CP de reparación del daño ocasionado a la víctima. En Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables, pp. 109-122.
- GRACIA MARTÍN, L. (2012). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2002). *La aplicación de la pena: estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., coord. (2016) *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre El Derecho.

- MORENO MARTÍNEZ, J. (2008). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson.
- MORILLAS CUEVA L. (1991). *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, pp. 149 y ss.
- PEREZ SANZBERRO, G. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal*. Granada: Comares.
- ROCA AGAPITO, L. (2007). *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch.
- ROLDÁN BARBERO, H. (1983). *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*. Madrid: Akal.
- RUESTA BOTELLA, M. (2008) *La ejecutoria penal*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

Capítulo IX

EFICACIA DEL PAGO Y PERCEPCIÓN DE IMPUNIDAD: CONSECUENCIAS DE LA REPARACIÓN EN EL CONDENADO

Rosa González Espejo

1. INCENTIVOS A LA REPARACIÓN: FINALIDAD

A pesar de haberse producido un cambio en la tendencia legal, con un enfoque centrado en la satisfacción de las víctimas, todavía parece que existe una concepción general sobre las consecuencias jurídicas del delito, reducidas a las penas y las medidas de seguridad. Las responsabilidades civiles aparecen todavía separadas del proceso penal en la mente de la población y, en especial, de los investigados, acusados o condenados – probables responsables a tales efectos.

En un intento por limitar el uso excesivo del *ius punendi*, atender a los perjudicados por conductas criminales y, de este modo, asegurar la seguridad y el orden social, se intenta que la reparación por parte del sujeto infractor le permita obtener una serie de ventajas penales; suficientes para mantener el equilibrio entre las partes y los fines del Derecho Penal, entre ellos, la prevención general, ya que “existe un interés social en que la reparación se lleve a efecto por el causante del daño”¹.

2. DURANTE EL PROCESO: ATENUANTE DE REPARACIÓN

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad tienen la capacidad de aumentar –agravantes– o disminuir –atenuantes– la pena a imponer de acuerdo a reglas legales previstas, siempre que se den los elementos de la situación previa que recogen. La idea es que se module la responsabilidad penal del supuesto culpable, de forma que su actuación pueda beneficiar o perjudicar la eventual condena que reciba.

En este sentido, el artículo 21.5 del Código Penal recoge la reparación del daño como una circunstancia atenuante que aparece siempre con posterioridad a la ejecución del delito. Por lo tanto, el objetivo que cumple es el de alentar determinadas conductas

¹ Antón Blanco, J.L. (2008). *Incidencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en la responsabilidad penal*. Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial, número 44, pp. 5-10.

en los delincuentes que ya han participado en un hecho delictivo, pero que todavía tienen la posibilidad de mejorar su futuro caso mediante el resarcimiento a la víctima. Este es el primero de los incentivos que se encuentran dentro del proceso penal, puesto que, a diferencia de la mayoría, se tiene que dar durante la fase declarativa.

La actual redacción que expone la norma anterior es bastante amplia, pero también atiende a un límite claro:

Son circunstancias atenuantes:

5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos [elemento sustancial], en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral [elemento cronológico].

Este artículo forma parte de la división, largamente planeada, de la llamada atenuante de arrepentimiento espontáneo. Hoy en día, junto a la reparación del daño, también se considera la confesión del delito antes del inicio de las actuaciones judiciales como eventos que reducen la responsabilidad por el hecho delictivo. La diferencia fundamental resulta más que evidente, ya que la reparación puede darse en cualquier momento desde la realización de la conducta típica hasta la celebración de la vista o juicio oral, tras el cual se puede dictar sentencia (elemento cronológico que necesariamente se deba dar).

Así se pone de manifiesto que una de las principales finalidades que se intentan cumplir es crear una herramienta de política criminal que consiga enmendar el perjuicio causado a la víctima. Por ello, se amplía el plazo para comenzar a resarcir ese daño, cuyo fin no puede exceder nunca el momento anterior a conocer la pena impuesta. Una vez ésta ya ha sido establecida, la reparación podrá tener otros efectos, pero la atenuante no tiene operatividad. Es posible, no obstante, que por analogía pudiera aplicarse la atenuante durante el plenario. Esto no sólo beneficiaría al ofendido, sino que también facilitaría la actuación de la Administración de Justicia al eliminar la imposición de una eventual responsabilidad civil en la sentencia, que habría que intentar ejecutar.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto de la aplicación del artículo 21.5º en una sentencia que tiene mucho de explicación magistral, a la vez que resume los distintos razonamientos expuestos en resoluciones anteriores (STS 15 de julio de 2015)². Así, deja más que patente la absoluta objetividad de esta atenuante que, lejos de la intencionalidad con que se revestía el arrepentimiento espontáneo previo a la reforma de 1995, no se centra en el ánimo del autor.

Por eso, el Alto Tribunal considera al respecto que las dos corrientes consideradas en el pasado no tienen por qué ser excluyentes, sino todo lo contrario, forman un cuadro cu-

² STS, Penal sección 1 del 20 de julio de 2015 (ROJ: STS 3499/2015 – ECLI:ES:TS:2015:3499); Sentencia: 467/2015 | Recurso: 10253/2015 | Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE – Fundamento de Derecho tercero.

yas piezas se complementan: La teoría de los *actus contrarius* parece intentar afirmar una menor culpabilidad del delincuente dedicado a reparar los daños que ha causado en tanto ha reconocido una autoría de manera implícita; pero lo cierto es que el reconocimiento se centra más bien en la vulneración de la norma jurídica, no en la culpabilidad. La tesis de la *protección objetiva de la víctima*, por su parte, implica una ayuda a la víctima, pues se alega que la reparación o la disminución de los efectos negativos es una forma clara de satisfacción (elemento sustancial que claramente se debe dar para considerarla).

La exposición anterior muestra cómo cualquier forma de reparación que efectivamente persiga la satisfacción de la persona perjudicada puede estar avalada por la atenuante del precepto 21 del Código Penal. No obstante, la propia sentencia anterior recoge la necesidad de que esa “reparación debe ser lo suficientemente significativa y relevante”, y que no busque únicamente “la minoración de la respuesta punitiva”. A pesar de que en primera instancia pudiera parecer que la atenuante necesita de delincuentes con capacidad económica para poder aplicarse, lo cierto es que la reparación puede intentar paliar otro tipo de perjuicios que no sean únicamente los de carácter material. Numerosas sentencias han reconocido la “reparación moral o simbólica”, siempre que sea significativa respecto del hecho delictivo cometido (STS de 29 de enero de 2008)³.

Por lo tanto, el Tribunal enjuiciador tiene por delante un duro análisis de las circunstancias concurrentes, y en particular la actividad y la solvencia del investigado, siempre buscando la proporción entre la cuantía o la forma de reparación y el perjuicio causado. Por este motivo, se tiene muy en cuenta la posibilidad de una reparación parcial –disminución de los efectos, como señala el precepto penal–, que aun pudiendo considerarse, requiere, en primer lugar, conocer si el acusado todavía podría haber hecho algo más por la víctima sin afectar de forma extrema a sus propios bienes. Finalmente, es fundamental recalcar que se trata de un hecho autónomo y personal, ya que si bien se puede encomendar la satisfacción o resarcimiento a un tercero, la persona responsable debe tener un papel activo en la misma.

*El texto del artículo 21.5º no dice “haber intentado reparar”, sino “haber procedido a reparar”. Ahora bien, ello no impide que pueda considerarse como una forma de disminuir, por lo menos, el daño o efectos del delito el desagravio que pueda suponer para la víctima el propio hecho de que el culpable se esfuerce en lo posible por intentar una reparación material. En caso de insolvencia, el sujeto puede intentar la reparación ofreciendo a la víctima la realización de alguna conducta de ayuda o la prestación de algún trabajo o servicio.”*⁴

³ STS, Penal sección 1 del 29 de enero de 2008 (ROJ: STS 1003/2008 – ECLI:ES:TS:2008:1003); Sentencia: 50/2008 | Recurso: 1615/2007 | Ponente: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA – Fundamento de Derecho tercero.

⁴ Mir Puig S. (2016). Las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En *Derecho Penal. Parte General* (pp. 630-645). Barcelona: Reppertor.

La atenuante de reparación favorece claramente al autor del delito en tanto no sólo puede evitar la responsabilidad civil establecida en sentencia, sino que además parece demostrar con su conducta un efecto rehabilitador que puede suponer una justa rebaja en la pena al apreciarse esta circunstancia modificativa (en especial si se considera como atenuante muy cualificada, para cual será necesario un recrudecimiento de los requisitos).

¿Cuál es la realidad de esta figura? Como ya se venía señalando en apartados precedentes, en cuanto a reparación del daño se refiere, los Tribunales siempre intentan acercarse a valorar en mayor medida una cuantía indemnizatoria, sobre todo en aquellos delitos en los que los bienes jurídicos afectados no son personales o la reparación puede ser parcial. Esto limita enormemente el estudio de aquellos casos en los que la respuesta del reo tiene un carácter no económico. Estos supuestos pueden llegar a estar contemplados por la norma, pero su examen y apreciación todavía hoy, con la doctrina del Tribunal Supremo ya asentada, resultan altamente complicados.

Por otro lado, en un intento desesperado por reducir la eventual condena, suele confundirse esta atenuante de reparación, que exige un comportamiento voluntario y personal con otras instituciones que también se producen dentro del proceso penal. No son pocas las sentencias en las que los delincuentes pretenden la aplicación del art. 21.5º mediante el pago de una fianza judicial o incluso un depósito para la posible pena de multa. Además, ha resultado más que patente el hecho de que el abono de la indemnización por una aseguradora, o la mera presentación de un aval no son formas significativas o relevantes de reparación.

Con todo lo dicho, nos encontramos ante la realidad de que la víctima no se siente suficientemente reparada, y con que el criminal puede llegar a tener serias dificultades para cumplir con el cometido que le encarga, a pesar de la aparente amplitud de la atenuante.

Para empezar, hay una clara predisposición al otorgamiento de cantidades dinerarias con la intención de reducir el daño o sus efectos en los ofendidos. Esta cuantía suele establecerse en relación con la indemnización que pide el Ministerio Fiscal en concepto de responsabilidad civil, ya que se entiende que como acusación pública mantiene su naturaleza de tercero objetivo e imparcial, con la neutralidad suficiente para valorar el perjuicio sin partidismos (véase la reciente STS de 21 de septiembre de 2016, entre otros ejemplos). Resulta lógico que en no pocas ocasiones el criterio de la Fiscalía no coincida con el del órgano enjuiciador. En este sentido, el acusado ha tenido que esperar hasta el momento de las calificaciones para poder hacerse una idea de la cantidad que se le reclamará, lo cual puede ser considerado como una reparación demasiado tardía, aun dentro del límite temporal (al respecto, STS de 8 de febrero de 2013)⁵.

5 STS, Penal sección 1 del 8 de febrero de 2013 (ROJ: STS 1275/2013 – ECLI:ES:TS:2013:1275); Sentencia: 172/2013 | Recurso: 11002/2012 | Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA – Fundamento de Derecho tercero.

De igual forma, los criminales encontrarían difícil la consecución de esta atenuante cuando no pueden efectivamente aportar una suma de dinero como la pedida por el Ministerio Fiscal, si esta sirve como rasero. A favor de la utilidad que pueda presentar la figura a examen para los acusados, se deben poner de manifiesto dos hechos de elevado calado.

La STS de 3 de noviembre de 2009 recoge el caso de un hombre que, tras asesinar con una escopeta a su esposa, disparó a su hijo y trató de lanzar por el balcón de su casa a su otra hija. Durante el proceso, el homicida decidió hacer un ofrecimiento a su descendiente por el que se prestaba a donar cualquier órgano de su cuerpo que sirviera para la recuperación física del joven. Pues bien, el Alto Tribunal consideró probada la voluntad inequívoca de cooperar que mostraba el padre, lo cual denotaba su aquiescencia con “los principios y valores propios del ordenamiento jurídico”, y era suficiente para apreciar la atenuante de reparación y rebajar en 2 años su condena⁶. Todo esto sin tener en cuenta que el potencial trasplante nunca llegó a realizarse.

Asimismo, es interesante poner en relación la atenuante de reparación con otras figuras jurídicas que pueden beneficiar al autor de un hecho delictivo. Uno de los principales beneficios que tiene la persecución de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad es sin duda alguna la rebaja en la pena impuesta al final. Es decir, cualquier disminución de la condena hace más proclive al tribunal a decretar la suspensión de la prisión, siempre que sea posible. Por lo tanto, se ve a simple vista como una actitud colaborativa desde un primer momento puede dar un giro de 180 grados a todo el proceso, incluida la ejecución, debido a la necesaria interconexión de las distintas fases en cualquier procedimiento penal.

Mención aparte merecen los supuestos de atenuante de reparación muy cualificada. El Código Penal establece en su artículo 66 que la concurrencia de una sola atenuante podrá hacer que el juez rebaje la pena a la mitad inferior. Sin embargo, en el caso de concurrir dos o más atenuantes, o una muy cualificada, la caída en la pena puede ser de 1 o 2 grados. La diferencia es más que notable para cualquiera. Sobre todo, si te permite caer dentro del límite de años para valorar una suspensión de la pena. Pues bien, un análisis superficial de la jurisprudencia puede llevar a señalar un abismo insalvable ante la posibilidad de alcanzar el reconocimiento de “muy cualificada”. Esto es, que las resoluciones que admiten esta calificación son todavía escasas, pero los ejemplos de que se dispone nos dan pistas muy importantes sobre los criterios de la Justicia.

El especial esfuerzo reparador no se cumple sólo, admiten las sentencias, con el pago íntegro de las indemnizaciones. Hay delitos que por sus características de perjuicio a los bienes personales de las víctimas requieren de una actividad más intensa. Así, la STS de 29 de enero de 2008, ya mencionada, pone de manifiesto como la sa-

6 STS, Penal sección 1 del 3 de noviembre de 2009 (ROJ: STS 7297/2009 - ECLI:ES:TS:2009:7297); Sentencia: 1103/2009 | Recurso: 10475/2009 | Ponente: JOAQUIN DELGADO GARCIA – Fundamento de Derecho cuarto.

tisfacción real sentida por la víctima sí que parece tenerse en cuenta a la hora de que el juez valore la concurrencia de una atenuante muy cualificada. El caso cuenta como el acusado se había puesto de acuerdo con el perjudicado por el delito de lesiones respecto de la cantidad de dinero que le entregaría, y además, se había disculpado de manera expresa. Se trata de una reparación moral que incluso contempla una participación activa de la víctima, lo cual permite ver que se está cumpliendo con la función principal de la atenuante.

3. TRAS LA SENTENCIA

3.1. Suspensión de la pena

La comisión de un hecho delictivo tiene una consecuencia jurídica bastante obvia: la imposición de una pena. Los fines que se persiguen con esta actuación de los Poderes Públicos se concentran siempre en un intento de prevenir ese tipo de conductas, tanto en el caso concreto del delincuente que va a ser condenado como, de una forma general, evitar que en el futuro otros caigan en el mismo error. Así se conoce a las teorías de la prevención especial y general⁷.

Sin embargo, la imposición de penas en el sistema penal español siempre debe guiarse por el principio de reinserción y reeducación que lo rige desde su posición de precepto constitucional (art. 25 CE). Mediante la fórmula anterior se pretende evitar la deshumanización de los castigos a los juzgados por delitos, que se imponían en el pasado, momento histórico en el que no se tenían en cuenta los derechos del procesado.

Las penas privativas de libertad son la base del modelo punitivo en cualquier Estado moderno. En nuestro ejemplo, se trata de una forma de aislar, en primer lugar, al declarado culpable por sentencia, de manera que se pueda proceder a realizar con él un proceso de rehabilitación social, permitiéndole adquirir las competencias necesarias para poder reinserirse en la vida diaria de la comunidad. Sin embargo, no se puede olvidar el carácter de sanción o correctivo, pues de otro modo, no se estaría haciendo un análisis realista de la situación. La prisión no sólo intenta mantener el orden y la paz en cualquier sociedad actual, sino que también puede servir como un modo de resarcir a la víctima del delito.

Sin embargo, hay que destacar el posible efecto pernicioso que pudiera tener la imposición de penas muy duras en el caso de conductas reprobables de menor entidad. Si tenemos en cuenta el Principio de Derecho que rige nuestro ordenamiento, refiriéndose

⁷ Algunos autores como Mir hablan de un “prevención limitada” que “permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores”. *Derecho Penal. Parte General* (2015). Lección III. Madrid: Repertor.

a la intervención mínima del Derecho Penal, este debería ser la “última ratio y el último recurso a falta de otros medios menos lesivos”⁸. Además, la gravedad de la pena impuesta debe ser proporcional al riesgo del hecho delictivo cometido (principio de proporcionalidad). De este modo, la graduación de la pena y la posibilidad de reinserción deben establecerse claramente en un sistema de Derecho democrático. Así, surge en nuestro Código Penal la idea de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.

Hay dos razones principales por las que se intentan evitar las penas privativas de libertad de corta duración. En primer lugar, porque se entiende que hay otras posibilidades punibles menos traumáticas. Y en segundo lugar, ya que aquellas permiten “el contagio del pequeño delincuente”⁹, que entra en contacto con otros más peligrosos. De acuerdo con lo anterior, nuestro sistema permite la suspensión condicional, es decir, con el cumplimiento de determinados requisitos, siempre bajo la valoración discrecional del Juez. A la hora de regular esta figura jurídica, la última reforma de 2015 ha dado una gran importancia a la voluntad del sujeto infractor para intentar resarcir a la víctima del delito.

El artículo 80 del CP, apartados del 1-3, recoge cuáles son concretamente las condiciones que se tienen que dar para poder suspender la pena de prisión, de acuerdo con el régimen general, o para todo tipo de delincuentes.

1. Que el condenado sea un delincuente primario. O lo que es lo mismo, en la práctica se valora tal circunstancia a la vista de sentencias condenatorias anteriores en el Registro Central de Penados. De este modo, no aparecen nunca los antecedentes penales cancelados que, como más adelante se comprobará, antes de la actual reforma desaparecerían con el cumplimiento de la responsabilidad civil impuesta. En general, tampoco se tendrán en consideración los delitos imprudentes, leves o que por su naturaleza no hagan creer al Órgano Judicial que es posible la comisión de futuros delitos.
2. Que la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años de prisión. Este el límite para entender cuáles son las penas de corta duración, en las que la entrada en la cárcel puede ser más perjudicial.
3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de delito, o se haya hecho efectivo el decomiso establecido en sentencia. Aunque la reciente inclusión de este motivo es un claro paso adelante a la hora de alcanzar una efectiva reparación a la víctima, llama la atención cómo se modula el requisito anterior, de forma que se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de pagar o facilitar el decomiso, y sea razonable pensar, por parte del Juez o Tribunal, que cumplirá en plazo, para lo cual pueden solicitar las garantías que estimen convenientes.

⁸ Mir Puig S. (2016). Los límites del *Ius Punendi*. En *Derecho Penal. Parte General* (p.128). Barcelona: Reppertor.

⁹ Mir Puig S. (2016). Los límites del *Ius Punendi*. En *Derecho Penal. Parte General* (p.128). Barcelona: Reppertor.

Además, el hecho de que esta medida sea establecida mediante decisión discrecional del Juez, exige que entre los parámetros o extremos a considerar se encuentre la voluntad reparadora del sujeto tras haber cometido el delito (art. 80.1 CP), como ya venía ocurriendo en la atenuante de reparación. Tal vez sea uno de los elementos más importantes si tenemos en cuenta la posibilidad de insolvencia, cuyas probabilidades aumentan entre los delinquentes comunes. Es decir, la única excepción al requisito de satisfacer la responsabilidad civil, es la imposibilidad total (o parcial) de pagar, palabras que ya recogía el Código Penal de 1995. Sin embargo, esto no quiere decir que no se deba mostrar una clara intención de resarcir a la víctima en algún momento tras la comisión del hecho.

La valoración que haga el Tribunal encargado debe cumplir con los límites del artículo 24 de la CE, en tanto debe aparecer en una sentencia lo suficientemente motivada. Pero como nos recuerda el Auto 259/2000 del Tribunal Constitucional¹⁰, la función judicial debe contar con la colaboración de un condenado dispuesto a cumplir con sus obligaciones. En el caso que recoge el fallido recurso de amparo, el sujeto pretendía evitar la prisión con una declaración de insolvencia en su poder. No obstante, el órgano juzgador había podido comprobar cómo aun así estaría en posesión de bienes suficientes para hacer frente al pago, teniendo en cuenta que se trataba de la comisión de un delito económico, por el que se había hecho con una cantidad de dinero más que considerable, y el propio penado había contratado los servicios jurídicos de su interés, además de realizar determinadas actividades privadas que requerían medios económicos holgados.

Con el sistema de justicia actual y los juzgados sobrecargados de trabajo, es difícil conseguir un seguimiento de aquellos que han accedido a la suspensión de la prisión, con el compromiso de un pago aplazado, por muy fiable que este pareciera en primera instancia. Esta es una dificultad añadida en la carrera por la satisfacción a la víctima, ya que en el precepto 86 del Código Penal se menciona entre las circunstancias para la revocación del beneficio de suspensión, la falta de cumplimiento de las responsabilidades civiles, después de haberse comprometido al pago. Actualmente, queda pendiente la comprobación de si en verdad se produce el ingreso en prisión de los condenados que no realizan los pagos garantizados, o si con el paso del tiempo sin delinquir, se archivan los casos aun a falta de una reparación real.

3.2. Beneficios penitenciarios y la libertad condicional

Se entienden por beneficios penitenciarios todos aquellos mecanismos jurídicos que permiten el acortamiento de la pena impuesta en sentencia, o al menos, de la estancia en prisión efectiva, como se sustrae del artículo 202 del Real Decreto 190/1996,

¹⁰ Auto 259/2000, Sección Tercera del Tribunal Constitucional, de 13 de noviembre | Recurso: 5155/1999 | Fundamento Jurídico Tercero.

de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Actualmente, en nuestro ordenamiento se recogen dos formas principales: la posibilidad del indulto o “derecho de gracia”, y el adelantamiento de la llamada libertad condicional o el antiguo último grado penitenciario.

Una vez más, la legislación de menor categoría intenta cumplir con la obligación de crear un sistema en el que se incluyan los principios de reinserción y reeducación expuestos en la Constitución. Por ello, se ofrecen múltiples opciones a los penados para que mediante un ejemplo de buena conducta puedan mejorar su situación carcelaria, una vez ya han entrado en prisión para el cumplimiento de su condena.

Para entender lo que significa la “libertad condicional” se debe, en primer lugar, hacer un rápido repaso por el establecimiento de los distintos grados penitenciarios. Para conseguir los fines de reeducación propuestos legalmente, se ha entendido siempre por parte de la Administración penitenciaria que la división de presos en distintos niveles según la peligrosidad y el tiempo de pena superado podía ser un buen recurso. De este modo, en el ordenamiento español tenemos una clara separación en al menos tres niveles: el primer grado es el de máxima seguridad o régimen cerrado; el segundo grado se establece para los presos comunes que inician su condena, es decir, el régimen ordinario; el tercer grado consiste en un régimen abierto de “semilibertad” que sólo se alcanza al cumplir determinadas obligaciones, superar un período de sanción determinado y demostrar un avance de rehabilitación social.

Una vez el preso ha sido clasificado en el tercer grado puede, al salvar una serie de requisitos, alcanzar la libertad condicional. Hoy en día, tras la reciente reforma de 2015, ésta ya no se considera el cuarto periodo en el cumplimiento de la pena, sino una forma de suspensión de la ejecución de la misma que puede suponer la salida de prisión por el tiempo que reste, una vez ya se ha entrado previamente. Todo esto recuerda a un “sistema progresivo” de satisfacción de la responsabilidad penal, a pesar de los recientes cambios, como nos recuerda Mir Puig:

Subsiste la idea de que cada grado superior supone un mayor ámbito de libertad que el que le precede en número, y que el último de ellos, de libertad condicional, no puede concederse sino como culminación del cumplimiento de la pena¹¹.

Esta idea explica que para llegar a beneficiarse de las ventajas del tercer grado o la libertad condicional, la carrera que siga el sujeto dentro de la cárcel debe buscar conseguir los objetivos de prevención especial y reparación del daño que conforman el Derecho Penal Español. Una lectura conjunta de los artículos 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), y 90 del Código Penal

11 Mir Puig S. (2016). Cumplimiento de las penas privativas de libertad. En *Derecho Penal. Parte General* (pp. 775-792). Barcelona: Reppertor.

permite conocer hasta qué punto la indemnización a la víctima se tiene en cuenta para lograr la libertad.

El precepto 90.1 CP habla de tres requisitos fundamentales que llevan a la libertad condicional: (1) estar clasificado en el tercer grado penitenciario, (2) haber cumplido tres cuartas partes de la condena, (3) y demostrar buena conducta y un pronóstico claro de reinserción social. Asimismo, relacionado con esta última condición, al final del apartado se recoge como obligación “la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito”, en los términos que recoge el artículo 72.5 de la LOGP: la progresión al tercer grado también implica haber satisfecho tales responsabilidades teniendo en cuenta tanto la conducta efectiva del juzgado tendente a reparar el daño, como sus condiciones económicas para cumplir, y las garantías que presente en todo caso; además considera aspectos como el posible enriquecimiento injusto y el daño tanto a la Administración como al propio perjudicado.

De la misma forma, el adelantamiento de la libertad condicional de los apartados siguientes en el art. 90 CP y en el art. 92 CP amplía el beneficio a supuestos en los que el tiempo de condena efectivamente cumplido es menor, pero se mantiene el requerimiento de solventar el pago de la responsabilidad civil, haciendo referencia una vez más a los criterios de la LOGP.

Con las normas anteriores podemos ver cómo no sólo se recoge la necesidad de un pago en metálico concreto, dispuesto en sentencia, sino otra vez toda una voluntad reparadora, que vaya más allá de las circunstancias meramente patrimoniales. En cualquier caso, la exigencia intenta ser absoluta y terminante, pues no se debe olvidar que se está ante una libertad condicionada; la deuda con la sociedad no se ha llegado a extinguir. De hecho al apartado 4 del precepto 90 CP establece la revocación de esta suspensión en la ejecución de la pena cuando no se cumpla el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, siempre de acuerdo a su capacidad real, o se dé información inexacta o insuficiente sobre el patrimonio disponible.

Por lo tanto, mientras el Juez de Vigilancia Penitenciaria es quien debe pronunciarse respecto a la concesión o no de la libertad condicional, el requisito de reparación a la víctima aparece más allá de su voluntad. Sin embargo, no se puede dejar de notar que como en el caso de la suspensión de la entrada en prisión, la capacidad del penado para cumplir estas obligaciones puede ser más que relativa, sobre todo si tras el ingreso en la cárcel empeora notablemente la habilidad para obtener dinero suficiente que cubra el montante indemnizatorio. Esto quiere decir que en la práctica la satisfacción de la responsabilidad civil muchas veces no es una condición *sine qua non* para alcanzar este beneficio penitenciario.

Al principio la aplicación de esta condición (tras su definitiva inserción en la norma en 2003) seguía únicamente dos rumbos para la Administración Penitenciaria: sólo cuando el sujeto cumplía el total de la indemnización o era declarado insolvente

se entendía completa. Posteriormente, se han tenido en cuenta otras posibilidades que sí consideran la conducta reparadora del juzgado y respetan el tenor literal de la LOGP, aceptando la prestación de determinadas garantías de pago o admitiendo un pago fraccionado, aportando una cantidad inicial y comprometiendo el resto.

A ese respecto se puede leer el Auto 3205/11, de 21 de julio, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2 de Madrid¹². En el mismo se relata el supuesto de un preso que cumple el resto de requisitos para la concesión de la libertad condicional, y sobre la satisfacción de la responsabilidad civil se dice que, a pesar de abonar una pequeña cantidad mensual para la reparación a la víctima, esta no demuestra voluntad de resarcimiento, puesto que no tiene comparación con los ingresos económicos que recibe. Sin embargo, el Tribunal considera que se cumplen las condiciones mínimas para permitirle el acceso a la libertad aumentando la aportación mensual al perjudicado.

Lo anterior pone de manifiesto cómo la solvencia del penado debe siempre tenerse en cuenta en el momento de dictarse la resolución sobre el tercer grado o la libertad condicional, apreciando una voluntad y una capacidad reales, no deseables. Pero en caso de duda, cumpliendo con un mínimo de rigor y superados el resto de requisitos, la jurisprudencia tiende a interpretar y valorar la situación a favor del reo. Todo esto, dentro de un sistema de reparación a la víctima básicamente económico.

3.3. La cancelación de antecedentes penales y su relación con la renovación del permiso de residencia para inmigrantes

Los antecedentes penales hacen referencia a un sumario con el resumen de los delitos cometidos por una persona concreta, con su pena, que se conservan para siempre en el Registro General de Penados y Rebeldes. Es el artículo 252 de la LeCrim el que impone la obligación a los Tribunales de remitir cualquier dato de sentencia firme con imposición de pena. El objetivo de esta previsión es mantener la información relativa a los presos, que puede servir con ocasión de futuras infracciones penales para valorar la aplicación de la agravante de reincidencia o para impedir la suspensión en la ejecución de la pena.

El problema de esta institución es que también atenta contra los principios constitucionales de reinserción y rehabilitación, creando una verdadera mancha imborrable en la vida de los sujetos una vez ya han cumplido sus responsabilidades penales, incluso sin volver a delinquir.

Si la pena es la justa medida con la que una persona debe pagar la comisión de un delito, parece que, tras su debido cumplimiento, el Derecho no sólo debe evitar estigmatizar al

¹² Auto 3205/11, de 21 de julio, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2 de Madrid. Expediente 466/11.

*condenado, sino que coherentemente con los postulados preventivos, debe hacer un esfuerzo por compensar el paso por una prisión*¹³.

Con el fin de evitar una eterna tacha social, la Ley prevé la cancelación de los antecedentes penales en el artículo 136 CP, lo cual supone su anulación casi total. No se tendrán en cuenta para futuras cuentas con la Justicia en la aplicación de la Ley Penal, pero permanecerán en una sección especial del Registro. El beneficio, en cualquier caso, es notable.

Antes de la reforma del Código Penal de 2015, entre los requisitos para conseguir la cancelación se encontraba la necesidad de satisfacer las responsabilidades civiles (excepto en casos de insolvencia declarada). Actualmente, por el contrario, sólo será necesario que transcurra el plazo para no volver a delinquir, el cual siempre comienza a contarse desde el cumplimiento de pena impuesta en sentencia. Aunque estos periodos de tiempo se han alargado considerablemente, queda claro que el legislador ha decidido ser generoso con los presos que han resuelto sus responsabilidades penales, dejando de lado la necesidad de reparación a la víctima. Así, el tiempo empezará a correr desde el día siguiente a la extinción de la condena por cumplimiento, remisión, perdón del ofendido, y en su caso, prescripción, pero sin tener en cuenta el pago continuo de indemnizaciones. Esta es la interpretación que comparte buena parte de la doctrina¹⁴

Esto quiere decir que la cancelación de los antecedentes han dejado de ser un posible incentivo para que los condenados cumplan sus obligaciones de reparación. De esta forma también se ha perdido otra posible forma de hacer cumplir al juzgado en el caso de ser extranjero: el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce que para la renovación de los permisos de residencia temporal para inmigrantes se tendrán en cuenta los antecedentes penales a valorar por la Administración. Desde el momento en que la cancelación de los mismos no depende de la satisfacción de la responsabilidad civil por delito, cumplir con esta ya no les supone un beneficio.

4. ¿PERCEPCIÓN DE IMPUNIDAD?

Actualmente, España cuenta con una de las peores valoraciones de su historia respecto a la independencia judicial y a la lucha contra la corrupción. Los indicadores de

¹³ Mapelli Cafarena, B. (2011). Extinción de la responsabilidad criminal. En *Las consecuencias jurídicas del delito* (pp. 444-450). Navarra: Aranzadi (Thomson Reuters).

¹⁴ De hecho el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal dice claramente en su apartado VI que "con la reforma, se modifica el artículo 136 del Código Penal para facilitar el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales, suprimiendo la exigencia del informe del juez o tribunal sentenciador y el requisito de la constancia del pago de la responsabilidad civil o la insolvencia del penado."

Justicia de la Unión Europea en 2015 colocaban al país en tercera posición en cuanto a la baja percepción de independencia judicial de sus tribunales. En abril de 2016, este instrumento europeo seguiría arrojando datos negativos (Anexo 1).

Según el Eurobarómetro de 2013 elaborado por la Comisión Europea sobre el funcionamiento de la justicia en los diferentes países de la Unión Europea, España sería el cuarto Estado con menor confianza en su justicia. La opinión de los españoles sobre si la Ley se aplica eficazmente, o si se aplica a todos por igual y sin discriminación es claramente inferior a la media europea (Anexo 2 y 3).

Estos datos oficiales parecen no tener conexión con la reparación a las víctimas, pero esta falta de confianza y el sentimiento de inseguridad pueden ser elementos motivadores de la visión de impunidad que parecen presentar muchos criminales, y que tal vez expliquen por qué los beneficios expuestos previamente no evitan el incumplimiento de los condenados. Después de comprobar estadísticamente que los perjudicados no siempre son resarcidos por los agravios causados, es interesante buscar las causas. Particularmente, aquí interesan las que tienen que ver de nuevo con la voluntad del condenado, y su posible interés en la reparación.

En España, la investigación sobre el sentir que de la Justicia tiene la ciudadanía ha estado dirigida por informes más o menos periódicos emitidos por sociólogos, entre los que destaca José Juan Toharia Cortés, presidente de Metroscopia, uno de los más influyentes institutos privados de investigación de la opinión pública en España. Así, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de la Abogacía Española llevan años publicando barómetros que miden la percepción social del sistema judicial en España, creados bajo la dirección del anteriormente nombrado catedrático y su grupo de expertos.

El CGPJ ha publicado sus análisis cada vez más espaciados en el tiempo y con menor profundidad en la materia. Aquí se han comprobado los datos de los barómetros de opinión séptimo, noveno y décimo de 2000, 2005 y 2008, respectivamente, los últimos que se muestran en su página web. Por otra parte, el CGAE mantiene registros más actualizados, pero se centran en la función de la abogacía, sobre todo. De este modo, se resumen los resultados de 2011 y 2015¹⁵. En la mayor parte de los casos, las preguntas no sólo se centraban en la calidad de la Justicia, sino que se mezclaban con aspectos políticos, sociales o económicos. Sin embargo, se pueden encontrar cuestiones que permiten ahondar en la verdadera opinión sobre la eficacia de los procesos judiciales, lo cual, a su vez, puede explicar el comportamiento de los ciudadanos ante las leyes (Ver tablas del anexo 4).

¹⁵ La metodología adoptada para la recopilación de los datos se basa en entrevistas personales con una muestra representativa de la sociedad, a nivel nacional (siempre por encima de las 1000 personas), todos mayores de edad, pero con distintos perfiles sociales, políticos y religiosos. Por lo tanto, no se trata de encuestas concretas realizadas a acusados y condenados por infracciones penales.

En primer lugar, como tendencia general, en torno a la mitad de la población encuestada desde el año 2000 hasta el 2015 considera que el funcionamiento de la Administración de Justicia es malo o muy malo. También es esta la idea que sobre la imparcialidad de los Tribunales mantienen casi 1 de cada 2 españoles, con alguna excepción entre los periodos considerados. Aunque no se ha establecido en el análisis una diferenciación entre los órdenes jurisdiccionales, lo Penal siempre está peor valorado respecto al resto¹⁶.

Sin embargo, casi como asegurando una respuesta sobre la percepción de que no se ejecutan las sentencias en España, una de las preguntas recogía la afirmación siguiente: “En muchas ocasiones no sirve de nada ganar un pleito pues en la práctica la sentencia es papel mojado, ya que o no se cumple o se cumple tarde y mal”. Casi un 73% de los sujetos aseguraron estar de acuerdo con esta frase. De este modo, cabe cuestionarse si una persona que no piense que está obligada a cumplir con sus responsabilidades penales y civiles efectivamente decida de forma voluntaria hacer frente a la reparación de su víctima.

En todo caso, todavía puede haber algo de esperanza. Cerca de un 68% de los encuestados considera que “con todos sus defectos e imperfecciones, la Administración de Justicia constituye la garantía última de defensa de la democracia y de las libertades”. A pesar de la aparente paradoja, puede que todavía haya una posibilidad, ya que con todas las quejas, todavía se confía en el sistema. Tal vez la respuesta se encuentre en la siguiente cuestión.

En los años 2000 y 2005 se incluyó una consulta interesante: “¿Qué haría usted si se encontrase en conflicto con otra persona por cuestiones de intereses legales?”. Entre las posibles opciones se encontraban la de llegar a un acuerdo entre las partes sin necesidad de acudir a terceros, aun perdiendo parte de lo que se consideraba justo. Esta opción era la preferida por casi un 70% del total, frente a la de buscar una solución intermedia con la ayuda de un mediador, e incluso la de acudir a los tribunales a cualquier coste (sorprendentemente, la peor valorada). Es posible que para el cumplimiento de las responsabilidades civiles una intención reparadora todavía se pueda lograr con el consenso entre las partes.

Esta es la visión que arrojan los datos estadísticos recogidos con carácter general. No obstante, tras el paso por el Juzgado de Getafe nº 5, y una aclaradora entrevista con el Letrado de la Administración de Justicia¹⁷, se han puesto de relieve nuevos factores que influyen decisivamente en cómo perciben los criminales sus obligaciones civiles y penales.

La primera dificultad para cumplir con las indemnizaciones es que los sujetos no suelen tener la sensación de haber realizado un hecho pernicioso para nadie. La respon-

¹⁶ Estos datos se pueden observar en la Encuesta a la población general sobre la Administración de Justicia, presentada en el Décimo Barómetro del Consejo General del Poder Judicial del 25 de noviembre de 2008.

¹⁷ La siguiente exposición está basada en la información obtenida durante la visita en aquel órgano jurisdiccional, y el trabajo diario que allí se realiza; no se refiere a datos oficiales o estadísticos.

sabilidad civil se confunde muchas veces con otra pena más, sin apenas diferencias con una multa. Por lo tanto, no se identifica realmente el efecto en la víctima y es difícil que nazca un sentimiento de reparar el mal causado.

Además, tampoco experimentan una gran culpabilidad. La consecuencia principal de esta visión que tiene la sociedad española sobre sus propios órganos jurisdiccionales, expuesta anteriormente, es que los penados tienen una clara sensación de impunidad; en especial, respecto de los delincuentes de “guante blanco”, pues parece que siempre hay alguien que ha cometido una infracción mayor, o que debe más dinero. Esto resulta coherente si se valora comparativamente a España como uno de los países más corruptos a nivel europeo.

En proporción, se ha visto estadísticamente como son muchos menos los condenados que pagan. De acuerdo con esta teoría, se corresponden en general con dos tipos de personas: por un lado, aquellas que no han participado nunca en ningún delito, pero se ven envueltos de manera puntual en casos penales. Por ejemplo, es el ejemplo de una pelea que termina en el hospital, con un acusado por lesiones. En estos supuestos, es más fácil darse cuenta de la gravedad de la situación antes de que la criminalidad sea habitual. Por otro lado, los toxicómanos y demás enfermos con adicciones, que delinquen para conseguir la droga correspondiente, suelen responder bien a la reparación una vez han superado el tratamiento.

Otro aspecto que dificulta la satisfacción de las víctimas surge porque el sistema actual se centra demasiado en el aspecto económico, fijando una indemnización que muchas veces no se va a poder hacer frente (así, el Derecho Penal recoge la visión de las normas civiles), lo cual es sumamente importante en el caso de las declaraciones de insolvencia.

Estas son figuras que se han creado en el Derecho Penal para dos momentos muy concretos de los procedimientos: para conseguir la suspensión cuando no se pueden abonar las responsabilidades civiles¹⁸ y para evitar la responsabilidad civil subsidiaria por el impago de las multas (y así, conseguir una pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de prisión).

Por el estado actual de la Justicia, los Tribunales muchas veces no pueden ir más allá de una revisión superficial de los bienes revelados por el condenado (a través de Hacienda, generalmente), a quien en seguida se declara insolvente. La experiencia en los Juzgados de Getafe sirve para conocer qué se puede ir más allá de la capacidad económica, a través del llamado “esfuerzo mínimo reparador” (medida usada por la jurisprudencia, que ya se exponía al hablar de la atenuante de reparación). Se trata de recoger aquellos casos en los que el obligado no tiene posibilidad de pagar el total del montante dictado en sentencia, pero ya se aprecia una voluntad reparadora que puede

¹⁸ El Código Penal de 1995 recordaba en el artículo 81.3 que para alcanzar la suspensión de la pena de prisión el sujeto debía satisfacer las responsabilidades civiles, salvo que el juez sentenciador declarara la imposibilidad total o parcial de que hiciera frente a las mismas.

merecer la suspensión o el beneficio penitenciario, como las personas que aportan 5 o 10 euros todos los meses sin falta, lo cual exige una revisión más o menos constante.

Con este estado de cosas, es fácil comprender el uso parcial que se está dando a los beneficios obtenidos al cumplir con las responsabilidades civiles, pensados precisamente para resultar más atractivos de lo que en realidad parecen.

En este sentido, antes de la ejecución, el acusado puede intentar reparar para conseguir la aplicación de una atenuante. Sin embargo, de la experiencia recogiendo datos de más de 100 ejecutorias en los juzgados de Getafe, apenas se contaban dos o tres casos en los que se haya hecho uso de la misma. Aquí, el problema puede ser sobre todo de carácter informativo, es decir, que la defensa de los abogados se base en buscar la insolvencia directamente, y no en intentar aportar dinero cuanto antes, por parecer la vía más rápida.

Una vez la resolución adquiere firmeza, hay que diferenciar el tipo de criminal de que se trata, pues cada uno va a buscar un desenlace diferente. El sujeto no reincidente, puede intentar conseguir la suspensión de la pena de prisión, si tiene una pena de baja gravedad. Pero incluso, el delincuente no primario tiene una posibilidad de reducir el tiempo efectivo en la cárcel, accediendo a la libertad condicional, siempre tras cumplir las responsabilidades civiles.

Estos dos incentivos funcionan mucho mejor, en general. El problema es que una vez se ven fuera de prisión, terminan por incumplir de nuevo. La evidencia se encuentra en los elevados pagos parciales que se han observado en la parte estadística del trabajo. De nuevo, hasta que estos sujetos no reciben una amenaza en firme ("Si no pagas en el plazo de 10 días, volverás a la cárcel"), no reaparece la voluntad reparadora.

Finalmente, la experiencia en los juzgados de Getafe demuestra que se ha perdido un aliciente muy práctico que funciona bien entre la población extranjera: obtener la cancelación de los antecedentes penales a través del pago de las indemnizaciones. Anteriormente, una vez limpios de antecedentes penales cumpliendo las responsabilidades civiles, los inmigrantes tenían más fácil renovar los permisos de residencia temporales.

En cualquier caso, suelen ser los sujetos que ya conocen bien el sistema penitenciario, como delincuentes habituales, los que más se benefician de la reparación.

Entre los posibles factores que afectarían a la satisfacción de responsabilidades civiles quizá la conformidad no es el más importante. Esta por sí sola no implica más conciencia del daño causado, y por ello voluntad de reparar. Así se puede ver también en los expedientes analizados en este trabajo, con una gran cantidad de conformidades en las que luego no se cumplen las indemnizaciones. Una vez se ha conseguido la rebaja en la pena, se olvida. Esta tesis parece estar avalada por el análisis estadístico que sigue.

Sin embargo, parece que hay algo que sí puede funcionar para que la percepción del delincuente respecto de la obligación de reparar cambie: la idea de la medición. Esta es la única forma real, a la vista de la legislación, para que la víctima se pronuncie de verdad sobre su propio daño y la forma de resarcirse, y puede aumentar los casos de condena-

dos cumplidores que lograran empatizar con sus víctimas. La mediación se corresponde además con la idea que se exponía anteriormente, explicando cómo casi tres cuartos de la población encuestada en los barómetros oficiales preferían acuerdos entre las partes, antes que acudir a los Tribunales, lo cual ahorraría costes de tiempo y esfuerzo a todos.

CONCLUSIONES

A pesar de que recientemente se ha legislado para incluir la reparación a la víctima como una prioridad dentro del proceso penal, la participación de esta es bastante limitada y su protección es difícil de conseguir, en tanto la satisfacción se centra en el cobro de indemnizaciones que a veces nunca llegan.

Para facilitar la ejecución, las normas recogen incentivos para que los responsables paguen: buscar la atenuante de reparación durante la fase declarativa, mediante alguna actuación significativa en relación al hecho delictivo. Ya tras la sentencia, se puede conseguir eludir la prisión mediante la suspensión de la pena en su inicio o la consecución de la libertad condicional, que requieren, al menos, una conducta tendente a la satisfacción de la víctima, generalmente con un compromiso de pago. Finalmente, antes de la reforma del CP en 2015, se lograba además la cancelación de los antecedentes penales.

Sin embargo, estos intentos chocan con la percepción de impunidad que hay en la mente de muchos ciudadanos. Así, uno de cada dos españoles considera que la Administración de Justicia funciona mal, y que los Tribunales no son imparciales. Y aunque en general consideran que es un buen sistema de garantía de Derechos, más del 70% de la población opina que las sentencias no se cumplen.

Todo esto puede llevar a que los criminales no asuman sus responsabilidades civiles, que no se sientan culpables ni verdaderamente obligados. Incluso, el actual sistema es muy económico, basado en el pago de interminables indemnizaciones. Por este motivo, el uso de los beneficios anteriormente descritos es difícil. La atenuante de reparación apenas se utiliza y, aunque la suspensión y la libertad condicional funcionan mejor, sólo la amenaza de una rápida entrada en prisión favorece el cobro continuo. En este sentido, mientras las conformidades no demuestran una voluntad reparadora, la mediación con encuentros víctima-delincuente puede suponer una solución en algunos casos.

BIBLIOGRAFÍA

Antón Blanco, J.L. (2008). *Incidencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en la responsabilidad penal*. Cuadernos digitales de formación, Consejo General del Poder Judicial. Número 44.

- Antón, M. (4 de julio de 2015). Cancelación de antecedentes penales y policiales: su importancia y cómo llevarla a cabo (Mensaje en blog de Derecho). Recuperado de http://uc3m.libguides.com/guias_rematicas/citas_bibliograficas/APA#post
- Juan Sanjosé, R. J. (30 de septiembre de 2015). *La reparación del daño como atenuante por Rafael Juan Juan Sanjosé*. (Entrada Página Web). Recuperado de <http://www.burgueraabogados.com/la-reparacion-del-dano-como-atenuante-por-rafael-juan-juan-sanjose/>
- Magro Servet, V. Solaz Solaz, E. (2008) *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*. Madrid: La Ley.
- Magro Servet, V. (22 de marzo de 2011). *La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena* (Entrada Página Web). Recuperado de <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/insolvencia-condenado-solicitudes-suspension>http://www.elderecho.com/tribuna/penal/insolvencia-condenado-solicitudes-suspension-sustitucion_11_247180001.html
- Mapello Cafarena, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra: Aranzadi (Thomson Reuters).
- Mir Puig S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Juanatey Dorado, C. (2016). *Manual de Derecho Penitenciario*. Madrid: Iustel.

Parte IV

REPARACIÓN A LA VÍCTIMA EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

Capítulo X

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

María Belén Combarros Gómez

1. VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

1.1. Principales rasgos y singularidades de las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual

El incipiente protagonismo de la víctima en el proceso penal y la progresiva consolidación de la victimología como ámbito de estudio científico en la década de los años setenta¹ han derivado en la promulgación de obras, recomendaciones, códigos y legislación preocupadas por la atención y asistencia que las víctimas requieren².

En España, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual alude al abandono al que el sistema penal ha venido relegando a sus víctimas. Reconoce que el Estado ha de tratar con sumo cuidado el problema social que deriva del conflicto delictivo y las consecuencias tanto físicas como psíquicas que produce en la víctima. Esta exigencia implica una intervención estatal efectiva de manera que, en la medida de lo posible, se restaure la situación en la que se encontraba la víctima antes de padecer el delito y remitir los efectos que se derivan del drama criminal.

En el supuesto de los delitos contra la libertad sexual las consecuencias son aún más graves, ya que las víctimas sufren una alteración brusca e imprevista en su vida habitual. El acaecimiento de estos delitos lleva aparejado sucesos negativos que pueden generar pánico e indefensión en la víctima, poner en peligro la integridad física y/o psicológica de la misma y dejarla en una situación de tal desamparo emocional que la misma no es

¹ Von Hentig y Mendelsohn son considerados los padres de la Victimología. En sus primeros estudios abordaron diversas clasificaciones victimológicas ateniendo a las relaciones entre victimario y víctima y a los factores condicionantes de sus roles en el conflicto criminal.

² Landrove Díaz, G. "Las víctimas ante el derecho español". *Estudios Penales y Criminológicos*. 2012; vol. XXI: p. 168-207.

capaz de afrontar con sus propios recursos³. No obstante, el trauma no solo afecta a la víctima directa, sino que también perjudica al entorno familiar más cercano.

Por otro lado, los delitos de violencia sexual llevan aparejada la connotación de tema “tabú”, lo cual no afecta a las agresiones físicas o psicológicas. Tradicionalmente, la sociedad o bien ha culpado a la víctima por su propia victimización o ha decidido ignorar el tema por considerarlo perteneciente al ámbito de las relaciones íntimas privadas⁴.

Históricamente, el Derecho Penal ha centrado su atención en las lesiones y daños físicos de las víctimas, haciendo caso omiso al daño psicológico que estas puedan sufrir. No obstante, sólo recientemente se ha tipificado la violencia psíquica como delito. Esta inclusión es relevante de cara a establecer indemnizaciones o planificar tratamientos y mecanismos de compensación para víctimas directas e indirectas.

Esta concatenación de circunstancias incide directamente en lo que se ha denominado como la victimización primaria y secundaria de la víctima del delito. La victimización primaria nace del hecho delictivo en sí y, la secundaria, se genera posteriormente con la relación que se establece entre la víctima y el sistema penal⁵. En esta línea, las víctimas de delitos contra la libertad sexual son más vulnerables y, en consecuencia, sufren de una manera más crónica, directa y grave los efectos del proceso de victimización.

Por si fuera poco, desde la psicología forense, se ha venido estudiando las dificultades de la evaluación del daño psicológico en las víctimas de estos delitos. Destacan los factores de vulnerabilidad o resistencia al suceso traumático, la credibilidad del testimonio y la estigmatización social del hecho, entre otras⁶.

Específicamente, se pueden señalar tres perjuicios que integran los daños morales que sufren las víctimas de delitos contra la libertad sexual⁷: perjuicio de ocio o dificultad de seguir participando en actos sociales; perjuicio juvenil, lo que supone padecer determinadas secuelas a lo largo la vida; y precio sexual, que es la alteración a futuro del concepto de la sexualidad por parte de la víctima.

Asimismo, desde la perspectiva psicológica, se han estudiado las consecuencias que puede acarrear la comisión de un delito de carácter sexual en la persona de la víctima. Destacan las crisis de estrés por falta de control cognitivo; violación del self, es decir, fragmentación de su personalidad y/o autoestima; sentimiento de inequidad e injusticia por el hecho sufrido; pérdida del sentido de seguridad y de invulnerabilidad; y efecto del delito en el entorno cercano de la víctima.⁸

³ Echeburúa, E; De Corral, P; Amor, P.J. “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”. *Psicothema*. 2002; vol. 14: p. 139-146.

⁴ Aguilar Cárceles, MM. “Víctimas de agresión y abuso sexual”, en: Aguilar Cárceles, MM. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. 1ª edición. Madrid: Dykinson; 2011. p. 573-613.

⁵ Martín Ríos, MP. *Op.Cit.* p. 55-67.

⁶ Amor, PJ, Echeburúa, E, Carrasco, MA. “Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”. *Actualidad penal*. 2016; nº 28: p. 437-488

⁷ Soria Verde, MA, Hernández Sánchez, JA. *El agresor y la víctima*. Barcelona: Marcombo; 1994. p. 144 -150

⁸ *Ibid.* p. 60-64

1.2. Necesidades de las víctimas a lo largo de todo el proceso penal y mecanismos procesales de protección

Las conductas relativas a los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual suponen uno de los ataques que mayor desasosiego y preocupación producen en la población, en gran medida por el componente de violencia que llevan aparejado y la naturaleza tan íntima del bien jurídico que protegen. En efecto, según el estudio de la Fiscalía sobre la evolución de la delincuencia que presenta un nivel de preocupación elevado en la sociedad, estas tipologías delictivas se sitúan en tercer lugar por detrás de los delitos contra la vida y los robos con violencia⁹.

La propia Fiscalía señala en su Memoria que el índice de impunidad en estos delitos es muy elevado, principalmente por el hecho de que se suelen perpetrar en la intimidad y llegando incluso a ser el resultado del aprovechamiento de relaciones de proximidad entre víctima y agresor.

Así, las víctimas tienen una serie de necesidades básicas que han de ser satisfechas a lo largo del proceso penal, de tal manera que se recuperen íntegramente de todos aquellos daños sufridos¹⁰:

- Reconocimiento de las víctimas como tales y trato respetuoso, aún más si cabe en las víctimas más vulnerables como las de violencia sexual, ponderándose los sufrimientos padecidos con las consecuencias del delito.
- Protección integral, a la hora de denunciar el delito, pero también a lo largo del proceso judicial, con el fin de prevenir la doble victimización de la víctima.
- Apoyo, a través de la asistencia de emergencia y psicológica después de la comisión del delito, y apoyo jurídico, emocional o práctico a lo largo del proceso.
- Acceso a la justicia, de manera que puedan participar activamente en los procedimientos, sean informadas del desarrollo de las actuaciones y puedan comprender el significado de lo acaecido en el proceso penal.
- Compensación y reparación, lo cual conlleva tener acceso a una indemnización y reparación efectiva para compensar los daños y perjuicios sufridos.
- En relación a la última necesidad enunciada, la compensación y reparación no solo ha de ser entendida en términos económicos. Al contrario, se deben considerar también los mecanismos de justicia restaurativa, alternativos al sistema

⁹ Memoria presentada al inicio del año judicial por Fiscalía General del Estado. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2016. p. 694 - 777

¹⁰ García Rodríguez, MJ. "Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo". Wolters Kluwer: CISS. 2014; 85: p. 41 – 52. Disponible en: http://www.ciss.es/publico/deloitte/2014_85_A_041.pdf

penal tradicional, que permiten confrontar a víctima y acusado con el fin de resolver el conflicto delictivo subyacente al ilícito cometido¹¹.

2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL: PRECEDENTE NORMATIVO

2.1. Normativa internacional

El primer gran precedente normativo relativo a la protección de víctimas lo constituye la *Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985¹². Provee una definición amplia de víctima, distinguiendo entre víctima directa e indirecta, y recoge los derechos básicos que los sistemas judiciales penales nacionales deberían recoger en su legislación interna:

- Derecho de acceso a la justicia y a un trato justo. En este punto, se da cabida a mecanismos alternativos, entre los que se incluye la mediación, para la resolución de conflictos en el ámbito penal.
- Derecho al resarcimiento e indemnización de las víctimas como consecuencia de la victimización. Se determina que, cuando la indemnización no fuera suficiente, los Estados habrán de indemnizar a las víctimas que hayan sufrido importantes menoscabos corporales o mentales a raíz de la perpetración de delitos graves –como lo son las víctimas de delitos contra la libertad sexual-, a través del diseño e implementación de fondos nacionales con dicho propósito.
- Derecho a recibir asistencia, material, médica, psicológica y social a través de servicios de asistencia, otorgando especial atención a las víctimas con necesidades especiales por los daños sufridos.

Si bien esta es una clasificación general, estos derechos se pueden recoger de un modo más pormenorizado, distinguiendo entre: a) derecho de reconocimiento; b) derecho a la información; c) derecho de asistencia; d) derecho a la reparación; e) derecho a la protección; f) derecho a la participación activa en el proceso penal; g) derecho a la prevención de la victimización¹³.

¹¹ García Rodríguez, MJ. “Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el Sistema de Justicia Penal”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2015; n° 2174: p. 5-7.

¹² Disponible en Resoluciones de la Asamblea General. Documentos Oficiales: Cuadragésimo período de sesiones. N° A/RES/40/34. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/34>

¹³ Waller, I. *Rights for Victims of Crime: Rebalancing Justice*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, inc; 2011. p. 72-80.

Posteriormente, y con la clara intención de hacer efectiva la Declaración, se aprobaron numerosas resoluciones, como las 1989/57, 1990/22, 1996/14 y 1998/21 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Asimismo, con el objetivo de implementar estos derechos en la práctica, se aprobó el *Manual sobre Justicia para las víctimas sobre el uso y aplicación de la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder* por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 1999¹⁴.

En el marco del Consejo de Europa también se ha desarrollado normativamente el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas. Han sido numerosas las recomendaciones del Comité de Ministros para fortalecer su posición jurídica en el proceso penal, garantizar su reparación eficaz y dotarlas de la asistencia y protección necesitada.

En particular destaca la Resolución N° R (77) 27, sobre indemnización a las víctimas del delito, adoptada el 28 de septiembre de 1977¹⁵ -previa a la resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas-, la cual promovía la creación de instrumentos públicos de indemnización a cargo de fondos públicos, para indemnizarlas con cargo a fondos del Estado, cuando se desconociera al autor o éste no dispusiera de recursos para hacer efectivo su resarcimiento. Este instrumento normativo se constituye como especialmente relevante de cara a establecer los principios básicos para una posterior regulación de los requisitos y modalidades de compensación¹⁶, y que posteriormente se reflejaron en el *Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos*¹⁷, de 24 de noviembre de 1983, el cual ha sido ratificado por España, entrando en vigor el 1 de febrero de 2002¹⁸.

El texto del Convenio parte de la resolución de 1977 y va más allá en su regulación, estableciendo que las víctimas de delitos dolosos que sufran lesiones corporales o daños en su salud han de ser compensadas por el Estado “por razones de equidad y solidaridad social”. Este cuerpo normativo ha inspirado el sistema actual vigente en España de compensación a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁹.

¹⁴ Handbook on justice for victims on the use and application of the Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power (UNODC, 1999). Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UNODC_Handbook_on_Justice_for_victims.pdf

¹⁵ En Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. **Res (77)27 / 28 September 1977**. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f3e59>

¹⁶ Landrove Díaz, G. *La moderna Victimología*. 1º Edición. Valencia; Tirant lo Blanch: 1998. p. 63

¹⁷ Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos. Consejo de Europa. European Treaty Series- No. 116. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680079751>

¹⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24850>

¹⁹ Si bien la Ley 35/95, de 11 de diciembre, va más allá en su regulación e incluye una serie de disposiciones relativas a la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos en su capítulo II.

Posteriormente el Consejo de Europa ha adoptado otras iniciativas para proteger y promover los derechos de las víctimas, entre las que destacan la Recomendación N° R (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del Proceso Penal –norma de extraordinaria importancia de cara a su posterior inclusión en el derecho interno español²⁰-, la Recomendación N° R (87) 21, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la Victimización y la Recomendación N° R (2006) 8, sobre asistencia a las víctimas de delitos.

2.2. Normativa comunitaria y española

La Unión Europea ha seguido los pasos iniciados por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa con el objetivo de dar cabida a la víctima en el proceso penal y crear un sistema de indemnización estatal acorde a los requerimientos que éstas necesitan.

Los primeros pasos orientados a garantizar el derecho de las víctimas a una indemnización económica, reparadora de los daños causados a consecuencia del delito, se hizo realidad a través de la *Resolución sobre la indemnización a las víctimas de actos de violencia*, aprobada por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 1981. En su cuerpo normativo, el Parlamento solicitaba a la Comisión que propusiera unos criterios normativos comunitarios mínimos sobre una indemnización a cargo de fondos públicos. Asimismo, la Comisión de Peticiones del Parlamento adoptó el *Informe sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos* en 1989, reconociendo que, además de la indemnización, las víctimas necesitan asistencia, información y apoyo por parte de los poderes públicos. Este informe cristalizó en la Resolución sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, aprobada por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 1989.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam –que aportó la base jurídica a partir de la cual las instituciones empezaron a actuar-, se adoptó el Plan de Acción sobre la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²¹, a través del cual se trataban los aspectos referentes a la indemnización de las víctimas del delito. Así, el Consejo adoptó la *Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*²², que representa el primer paso hacia el proceso de creación de un estatuto jurídico de la víctima en el derecho comunitario²³.

²⁰ Gutiérrez-Alvz y Conradi, F. “Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima”. *Revista del Poder Judicial*. 1990, n° 18: pp. 82 y ss.

²¹ Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133080>

²² Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Consejo de la Unión Europea. Diario Oficial n° L 082, 2001/220/JAI. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001F0220>

²³ Blázquez Peinado, MD. “La Directiva 2012/29/UE, ¿un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la unión europea?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2013; n° 46: p. 897-933

Esta decisión no reconocía abiertamente derechos de la víctima, sino que su finalidad principal era la de invitar a los Estados Miembros a que reconocieran ciertos derechos a las víctimas en sus legislaciones internas, con el objetivo de que se garantizase un trato homogéneo, con independencia del Estado de procedencia de la víctima y de dónde se cometiera el ilícito penal²⁴.

La Comisión Europea en 2009 sometió a evaluación el grado de cumplimiento de la Decisión Marco mediante un Informe²⁵ en el que destacó el hecho de que ningún Estado Miembro había, hasta entonces, adoptado un texto que recogiera el catálogo de derechos de la víctima de delitos.

En España, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia* el 16 de abril de 2002, como una proposición no de ley²⁶, es decir, con el objetivo de instar al gobierno para que regula esa materia en concreto. En la Carta ya se dedica un apartado a la protección de las víctimas del delito: derecho a la información, a la comparecencia personal en juicio, a la protección con respecto al acusado y con respecto a la publicidad no deseada sobre su vida privada.

Por otro lado, y como primer paso para asegurar un sistema de indemnización común a los Estados Miembros, la Comisión presentó el *Libro Verde sobre indemnización a las víctimas de delitos*, el 28 de septiembre de 2001. Sus objetivos fundamentales eran: a) garantiza la posibilidad de acceder a una indemnización estatal a todos los ciudadanos de la Unión; b) adoptar las medidas necesarias para evitar las diferencias entre normativas nacionales; c) facilitar el acceso a indemnización en situaciones transfronterizas, sin tomar en consideración el lugar de comisión del ilícito²⁷.

Estos objetivos se vieron reflejados en la Directiva 2004/80/CE del Consejo, en la que se diseñó un sistema de cooperación entre autoridades estatales, de tal manera que la víctima pueda presentar la solicitud de la ayuda económica tanto en el Estado miembro donde se perpetró el delito, como en el Estado de residencia.

En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012²⁸ –competente ya que la Decisión marco de 2001 y la Directiva fueron adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos [SEC (2009) 495] / COM/2009/0170

²⁶ Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia. Ministerio de Justicia. 2002. Disponible en: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Carta_de_derechos_de_los_ciudadanos.pdf?idFile=0a3af68a-cfe3-4243-83ba-fd4c05610e72

²⁷ García Rodríguez, MJ. “Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de los delitos”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2005; nº 1980-81: p. 15.

²⁸ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012. InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124989&doclang=ES#Footnote*

Lisboa— condena a Italia por no diseñar un sistema de indemnización por daños y perjuicios causados directamente por la infracción, acorde a lo establecido en la Directiva 2004/80/CE del Consejo.

En España, las ayudas públicas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual se encuentran reguladas en la Ley 35/1995²⁹, como respuesta a “*la creciente preocupación registrada tanto en Convenios y Recomendaciones de organismos internacionales como en la legislación comparada*” y que se desarrolla en detalle en el siguiente apartado.

Por último, la Directiva 2012/29/UE³⁰ es el último referente normativo que la Unión Europea ha adoptado en relación a la protección a las víctimas en todo el territorio comunitario. Se aprobó en base al artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que atribuye competencia expresa a las instituciones para establecer normas mínimas relativas a derechos de las víctimas del delito³¹. Su objetivo está mejor definido, determinando los derechos mínimos a proteger y asegurar por parte de los Estados miembros, sin perjuicio de poder ser ampliados, proporcionando un nivel de protección más elevado.

Por otro lado, se extiende la definición de víctima tanto a las directas como a las indirectas y el contenido básico de derechos se estructura en tres bloques fundamentales: a) información y apoyo; b) participación en el proceso penal; y c) protección.

El plazo de transposición de la Directiva señalado a los Estados Miembros se fijó el 16 de noviembre de 2015, culminando con la aprobación en España del Estatuto de la Víctima del Delito³².

3. LEY 35/1995, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE AYUDAS Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

3.1. Ámbito objetivo de la Ley

La Ley 35/1995, de 11 de noviembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, pionera en la regulación nacional en la materia, pone de relieve la especial situación de vulnerabilidad y desamparo que sufren

²⁹ Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 296, de 12 de diciembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-26714>

³⁰ Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea. L 315/57. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012L0029>

³¹ Blázquez Peinado, MD. *Op. Cit.* p. 897-933

³² Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, núm. 101, de 28 de abril de 2015. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606

las víctimas de estas tipologías delictivas antes, durante y después del acaecimiento del proceso penal. En este sentido, hasta la fecha de promulgación de la ley, el Derecho positivo español solo habilitaba un sistema público de cobertura para las víctimas de delitos de terrorismo³³.

En efecto, el legislador concibe esta ley, con el objeto de transponer la regulación comunitaria e internacional promulgada hasta la fecha, como una herramienta al servicio de las víctimas para paliar las singulares consecuencias que se derivan del conflicto delictivo. Su función se centra en dar cabida al fenómeno de la victimización, el cual aboga por la necesidad de que el Estado provea una intervención positiva en la reparación efectiva del daño causado a la víctima del delito.

La mencionada ley regula, por un lado, las ayudas públicas que el Estado otorga a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y, por otro, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos a través de la red de Oficinas de asistencia a las víctimas³⁴.

Las normas de desarrollo y ejecución de las ayudas públicas se encuentran recogidas en el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo. Así, en dicho reglamento se determinan los requisitos y supuestos necesarios para la efectiva concesión de las ayudas por parte del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Por su parte, la regulación del Capítulo II de la ley relativo a la asistencia a las víctimas es muy parca y consta únicamente de dos artículos referentes a los deberes de información de las instituciones y funcionarios públicos y a la implantación de las Oficinas de víctimas por parte del Ministerio de Interior. No obstante, las mencionadas oficinas han sido objeto de un desarrollo más detallado por la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

Establece la ley que las ayudas destinadas a víctimas directas de delitos contra la libertad sexual podrán ser otorgadas a las mismas cuando los ilícitos se perpetren con o sin violencia³⁵ por parte del infractor. Esto es, tanto si se producen lesiones o daños físicos graves como daños en la salud mental —o incluso, concurren ambos supuestos—, las víctimas de estos delitos están habilitadas para solicitar la concesión, de acuerdo a los requisitos contemplados en la normativa vigente.

³³ La regulación de un régimen de resarcimiento destinada a víctimas de terrorismo se inició a través del Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

³⁴ Exposición de Motivos Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

³⁵ Este precepto se constituye como una excepción a la regla general del artículo 1.1 de la Ley que especifica que las ayudas se otorgan en beneficio de víctimas de delitos dolosos y violentos. Da cabida, por tanto, a las tipologías penales delictivas de carácter sexual cometidas sin violencia y bajo intimidación.

Es importante recalcar que, en la Exposición de Motivos y en el artículo 1 de la Ley³⁶, se especifica que las ayudas sólo están destinadas a víctimas de delitos dolosos –excluyendo, por tanto, los delitos imprudentes– cometidos en España. Así, la Ley parte de la calificación penal de los hechos, justificando dicha decisión en razones presupuestarias que harían económicamente inviable este sistema de ayudas públicas. No obstante, el legislador dejó la puerta entreabierta a una futura regulación más extensiva, aludiendo a la convicción social de que esta función reparadora fuera paulatinamente ejercida por el Estado. Aun así, la realidad es que, más de 20 años después de su promulgación, las previsiones de la Ley no han sido objeto de ampliación a otras tipologías o clasificaciones penales.

Por su parte, el legislador ha decidido optar por un criterio de estricta territorialidad frente al de la competencia jurisdiccional y, en consecuencia, la Ley contempla únicamente los delitos perpetrados en España³⁷, dejando fuera los cometidos en el extranjero pero enjuiciables por la jurisdicción estatal nacional.

La noción sustancial sobre la que se asienta el fundamento del otorgamiento de las ayudas es el daño efectivo padecido por la víctima. Por ello, dicho concepto definido por la ley como lesión o daño es el eje central sobre el que rota todo el entramado reparador.

En efecto, el artículo 4 de la ley recoge la definición de lesión grave como aquella que “*menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental y que incapacite con carácter temporal o permanente a la persona que la hubiera sufrido*”. No obstante, y dado que la valoración de los daños se remite a la legislación de la Seguridad Social –objetivando las secuelas y su posterior tratamiento–, se concreta que las lesiones o daños físicos o mentales han de tener una entidad suficiente como para que se efectuase una declaración de invalidez permanente o de incapacidad temporal superior a seis meses.

Este hecho, como se estudiará en detalle más adelante, se transforma en una restricción desmesurada para las víctimas de delitos contra la libertad sexual. En efecto, este hecho conlleva justificar una situación de invalidez permanente o incapacidad temporal de carácter mental por un periodo igual o superior a seis meses que, junto con el resto de requisitos normativos, derivan en que muy pocas víctimas puedan conseguir efectivamente las ayudas previstas en la Ley.

³⁶ La redacción del ámbito objetivo de la Ley se encuentra directamente fundamentado en el artículo 2.1 del Convenio 116 del Consejo de Europa, relativo a los delitos violentos intencionales con consecuencia de muerte, lesiones corporales o daños en la salud graves.

³⁷ Villameriel Presencio, L.P. *Op. Cit.* Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344-076415?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1996_1769.pdf&blobheadervalue2=1288778075511

3.2. Ámbito subjetivo de la Ley

La ley dispone que las víctimas de los mencionados delitos se considerarán beneficiarios si, en el momento de consumarse el delito, son españolas o de nacionalidad de algún Estado miembro de la Unión Europea. Aun así, para aquellos que no cumplan con el requisito previo, también podrán resultar beneficiarias aquellas víctimas que residan habitualmente en España o sean nacionales de un Estado que reconozca ayudas similares a ciudadanos españoles en su territorio, aunque no cumplan con el requisito de residencia habitual³⁸.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley distingue entre víctima directa e indirecta. Por un lado, se consideran víctimas directas a aquellos que hayan sufrido lesiones o daños físicos graves o daños en su salud mental. Por otro, podrán erigirse como beneficiarios a títulos de víctimas indirectas el cónyuge, los hijos y los padres –en los supuestos regulados– cuando el destino de la víctima directa haya sido su fallecimiento³⁹. Aun así, este supuesto no cabe en los delitos contra la libertad sexual, ya que está concebido para víctimas de delitos violentos –delitos de homicidio y asesinato dolosos consumados–.

Al igual que la ley determina unos requisitos para constituirse como beneficiario, ésta también regula en su artículo 3 unos supuestos de denegación o reducción de la ayuda pública. Se establece que la ayuda se podrá denegar o reducir cuando su concesión fuera contraria a la equidad o al orden público, ateniendo a: a) El comportamiento del beneficiario si hubiera contribuido directa o indirectamente a la comisión del delito o el agravamiento de sus perjuicios; b) Las relaciones del beneficiario con el autor del delito o su pertenencia a una organización dedicada a acciones delictivas violentas.

El hecho de que los parámetros rectores de la decisión administrativa sean la equidad y el orden público ha sido criticado por parte de la doctrina⁴⁰, considerando que dicha previsión genera gran ambigüedad a la hora de llevar a la práctica la Ley, dificultando aún más si cabe el acceso de las víctimas a la concesión de la ayuda pública estatal.

3.3. Ámbito temporal de la ley

La solicitud de las ayudas se ha de realizar en el plazo de prescripción de un año desde que se produce el hecho delictivo. No obstante, dicho plazo quedará en suspenso desde

³⁸ Esta disposición normativa va más allá de las exigencias del artículo 3 del Convenio 116 del Consejo de Europa, que requiere que estén habilitados para percibir las ayudas los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo con residencia permanente en el Estado donde se hubiera perpetrado el delito.

³⁹ Pérez Machío, A. I. "Asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas. La legislación en vigor. Programas de asistencia, compensación, auxilio y protección de las víctimas de maltrato infantil". *Fundación Asmoz, Universidad del País Vasco*. 2011; volumen 5.1.1: p. 10-14.

⁴⁰ Herrera Moreno, M. *La hora de la víctima (Compendio de Victimología)*. 1ª Edición. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S.A.; 1996. p. 308-309.

el momento en que se inicie el proceso penal, volviendo a correr una vez se dicte resolución judicial firme⁴¹.

En la Sentencia 147/2013, de 28 de enero del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se apunta que por resolución judicial firme la Ley no se refiere “*necesariamente a sentencia firme [...], ya sea auto o providencia que acuerde el archivo definitivo de las actuaciones penales, debiendo entenderse así el término que usa el legislador al referirse al de "definitivamente"*”.

Además, hace referencia al mecanismo de notificación de la resolución que ponga fin al proceso. Si bien la Circular de la Fiscalía 2/98, de 27 de Octubre incide en la obligación de los funcionarios de reiterar de forma clara y concisa las informaciones relevantes, el Tribunal recalca que, de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la representación procesal la ostenta el procurador y que “*tal profesional actúa como representante a todos los efectos*”. Por tanto, concluye que “*dicha notificación produce plenos efectos desde ese momento, y no es preciso que se haga una notificación personal además de ésta, puesto que el Procurador está obligado a comunicar a las partes las notificaciones y demás actos de comunicación procesal*”.

Así, se observa que en el caso de las ayudas por delitos violentos y contra la libertad sexual se atiende a la literalidad de la ley, que establece un plazo de prescripción de un año y no prevé la retroactividad de las mismas. No obstante, esto no ocurre en las ayudas previstas para víctimas de delitos terroristas, que a través del Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, establecía que se resarcirán los daños físicos o psicofísicos “*siempre que los actos o hechos causantes hayan acaecido entre el 1 de enero de 1968 y la fecha de entrada en vigor [...]*”⁴².

3.4. Naturaleza jurídica de las ayudas previstas en la Ley

La Ley configura un sistema normativo con el que se procura la asistencia económica a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual mediante el otorgamiento de ayudas con cargo a fondos públicos.

La concesión de las mencionadas ayudas económicas gira en torno al principio de solidaridad del Estado para con sus ciudadanos. Así, se instituyen como una manifestación normativa del Estado Social y Democrático de Derecho, con el objetivo de evitar una situación material de desasistencia de la víctima, cuando ésta no recibe la indemnización por daños y perjuicios derivada del delito⁴³.

⁴¹ Vid. Artículo 7, Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

⁴² Artículo 2.1 del Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo

⁴³ Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual

Es decir, la singularidad de estas ayudas radica en que su otorgamiento está sujeto a la no percepción de la indemnización decretada por sentencia, es decir, la ayuda es incompatible con la indemnización. Asimismo, el importe de la ayuda no podrá, en ningún caso, superar el de la indemnización establecida en la sentencia que ponga fin al proceso penal. Aun así, es posible percibir ayuda económica si se ha recibido parcialmente la cuantía de la indemnización. Eso sí, el total del importe de la indemnización percibido y la cuantía de la ayuda pública no pueden superar el total de la indemnización final.

Así, la regla general es que las ayudas están condicionadas al dictamen de una resolución judicial firme. Sin embargo, en ciertos supuestos en que la víctima o los beneficiarios acrediten que se hallan en situación económica especialmente precaria, se podrán otorgar ayudas provisionales, que nunca podrán ser superiores al 80 por 100 del importe máximo de la ayuda que correspondiere.

Es indispensable no confundir la intervención positiva del Estado con el concepto de indemnización civil que ha de ser satisfecha por el responsable criminal del delito. Como se ha mencionado previamente, la persona criminalmente responsable también lo es civilmente si del hecho delictivo se deriva el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios⁴⁴.

Esta diferenciación se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley y en la jurisprudencia del Alto Tribunal, como en la Sentencia del Tribunal Supremo 1579/1997, de 19 de diciembre, en la cual se establece que el concepto legal de ayuda pública no ha de confundirse con figuras afines, y en particular, con la indemnización. El Estado no es responsable del pago de la indemnización dado que sólo y únicamente es debida a la víctima por parte del culpable del hecho delictivo.

Consecuentemente, no se trata de la restitución, reparación o indemnización que el condenado ha de asumir, sino que se constituye como el costo de la victimización que hemos de asumir todos los ciudadanos. Es decir, la sociedad al completo es responsable de prevenir la criminalidad y, al fracasar, es la misma la que debe intentar reparar el daño sufrido por la víctima.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 4 de junio de 2002, *“no es adecuado que tales perjuicios sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos [...], sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública”*.

De este modo, las ayudas se pueden calificar como *“un tertium genus o figura sui generis de obligación resarcitoria de naturaleza especial”*⁴⁵ que el Estado se compromete a pagar cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley y en el reglamento que

⁴⁴ Artículo 116, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁵ Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual

la desarrolla. Por lo tanto, no se pueden vincular estas ayudas públicas con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ni con las prestaciones de la Seguridad Social⁴⁶.

Primeramente, las ayudas no constituyen un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones que los particulares puedan sufrir en sus bienes o derechos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, basado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado en la recién adoptada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴⁷. En este supuesto cabe la valoración jurídica acerca de si la mayor o menor eficiencia del Estado en la efectiva conservación y perpetuación de la seguridad ciudadana genera responsabilidad jurídico-administrativa por su parte. No obstante, no existe el indispensable nexo causal entre el daño padecido y la intervención de los servicios públicos, por lo que no se genera responsabilidad patrimonial de la Administración⁴⁸.

En segundo lugar, estas ayudas tampoco se subsumen en el concepto de pensión asistencial de la Seguridad Social, de acuerdo al artículo 41 de la Constitución, las cuales están íntimamente ligadas al vínculo laboral, y que garantizan la asistencia y prestación social suficiente ante situaciones de necesidad.

Así, se configuran como unas prestaciones de naturaleza especial, alzándose como un tercer género de responsabilidad extracontractual de la Administración y la Seguridad Social⁴⁹, que se otorgan por decisión del legislador y que se basan en la solidaridad de la Administración con la víctima.

Recientemente y en este sentido, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo⁵⁰ ha enfatizado que la Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, “*no extiende a los Estados la obligación de reparar el perjuicio causado por el delito, que corresponde al infractor penal. Tampoco establece que deba asumir, subsidiariamente, la indemnización por responsabilidad fijada en la sentencia penal*”.

La naturaleza jurídica de dichas ayudas ha sido objeto de crítica, principalmente por parte de asociaciones de víctimas. Entre ellas, destaca la Asociación Nacional de

⁴⁶ Manrique Cabrero, JC. “Estudio de la normativa de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. año; número 1891: pp. 7 - 19

⁴⁷ Derogadora de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, que regulaba la responsabilidad patrimonial en sus artículos 139 y siguientes.

⁴⁸ Villameriel Presencio, LP. *Op. Cit.* pp. 5-23. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344076415?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1996_1769.pdf&blobheadervalue2=1288778075511

⁴⁹ Jurisprudencia del Tribunal Supremo que alude al otorgamiento de estas ayudas por razones éticas y de justicia social en sentencias de 16 de noviembre de 1983, 3 de junio de 1985, 15 de noviembre de 1985, 21 de mayo de 1987, 19 de diciembre de 1997, entre otras.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), número 282/2014, de 24 de enero

Víctimas de Delitos Violentos (ANVDV), la cual considera que el hecho de que la naturaleza de ayudas se encuentra ubicada en el ámbito de la solidaridad y no en el de la responsabilidad convierte todo el entrada reparador en un sistema deficiente para la efectiva reparación de las víctimas⁵¹.

3.5. Determinación, mecanismo de atribución y requisitos para su obtención

La determinación de las ayudas y su cuantificación es uno de los elementos centrales en torno a los que gira la regulación tanto de la Ley como del Reglamento que la desarrolla.

En el supuesto de los delitos contra la libertad sexual que generasen daños en la salud mental de la víctima, el artículo 6.4 determina que la ayuda se destinará a sufragar “*los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine*”. Dicha cuantía viene recogida en el artículo 17 Reglamento aprobado a través del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, estableciendo que la cuantía máxima será de cinco mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente a la fecha de emisión del informe del médico forense. Es decir, el informe favorable del médico forense se instituye como un requisito fundamental necesario para la obtención de la ayuda.

Este requisito es especialmente relevante, ya que la intervención del personal médico forense es fundamental para el efectivo valor probatorio de las muestras del hecho delictivo de cara a una posterior condena judicial. Si la víctima no es consciente de este requisito y tarda en denunciar la perpetración del delito, será muy complicado probar el delito y el informe médico forense no será determinante.

En este sentido, se hace necesaria una verdadera colaboración y coordinación entre los cuerpos y fuerzas de seguridad y el personal médico forense. Como ejemplo, el Protocolo de actuación coordinada de los organismos competentes en materia de agresiones sexuales del Ayuntamiento de Madrid⁵², determina que todas las víctimas denunciadas de agresión sexual serán trasladadas para ser reconocidas por el personal médico sanitario de forma inmediata y sistemática al hospital designado a tales efectos. De este modo, la colaboración efectiva de los funcionarios facilitará, por tanto, la emisión del informe médico forense que, posteriormente, habrá de presentarse para la solicitud de la ayuda económica.

⁵¹ Ayllón Camacho, J.L. Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos. 2006. Disponible en: <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/gp2008n286a1.pdf>

⁵² Protocolo de actuación coordinada de los organismos competentes en materia de agresiones sexuales – Partido Judicial de Madrid Capital. Área de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid. 2010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-de-actuacion-coordinada-de-los-organismos-competentes-en-materia-de-agresiones-sexuales---Partido-Judicial-de-Madrid-Capital>

Además del requisito de presentación del informe del médico forense, el resto de requisitos se encuentran en el artículo 9 de la Ley⁵³, y desarrollados en los artículos 25 y 26 y en el Capítulo V del Título II del Reglamento regulador. Específicamente, en el artículo 47.1.b) se añade un último requisito: *“la declaración de la víctima sobre si se ha iniciado o no el tratamiento terapéutico y, en su caso, presentación de los justificantes correspondientes a los gastos efectuados. Si no se hubiese concluido el tratamiento, se hará constar dicha circunstancia”*.

Por otro lado, el apartado 4 del artículo 6 de la Ley aclara que esta ayuda será procedente, aunque las lesiones o daños sufridos no desemboquen en una situación de incapacidad temporal. Y, por último, detalla que la percepción de la ayuda prevista por daños en la salud mental es compatible con daños que produzcan incapacidad temporal o lesiones invalidantes⁵⁴.

Las solicitudes se tramitan por el Ministerio de Hacienda y Función Pública y se han de dirigir a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, órgano competente para su tramitación y resolución. Las resoluciones podrán ser impugnadas ante un Comisión *ad hoc* concebida por la Ley, denominada Comisión Nacional de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

El procedimiento para el reconocimiento de ayudas definitivas en los delitos contra la libertad sexual por gastos terapéuticos se encuentra en el Capítulo V del Título II del Reglamento regulador. En los artículos que lo desarrollan, se vuelve a incidir en la necesidad de presentación del informe pericial preceptivo del médico forense.

Por su parte, el procedimiento para el reconocimiento de ayudas provisionales por gastos terapéuticos en delitos contra la libertad sexual se encuentra en el Sección 2ª del Capítulo VIII del Título II del Reglamento.

Establece el artículo 31 del Reglamento que el plazo para resolver los procedimientos de reconocimiento de ayudas, definitivas o provisionales, será de dos meses en el supuesto de gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual. Finalmente, el procedimiento impugnatorio contra las resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública se recoge en el Capítulo IV del Título IV del Reglamento.

⁵³ a) Acreditación documental del fallecimiento, en su caso, y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

b) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

c) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad pública.

d) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

e) Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2.º ó 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.

⁵⁴ Pérez Machío, A I. Op. Cit. p. 10-14.

3.6. Eficacia práctica de la ley en relación con los delitos contra la libertad sexual en España

Como se ha recogido previamente, el artículo 17 del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba el Reglamento regulador de la Ley 35/1995 establece que *“la cuantía máxima de la ayuda prevista en el artículo 6.4 de la Ley para sufragar los gastos del tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual que causasen a la víctima daños en su salud mental será de cinco mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha de emisión del informe”*.

El Salario Mínimo Interprofesional (SMI) fue sustituido por el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) en el año 2004, como referente para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo. De esta manera, la fluctuación del importe de las ayudas depende del IPREM, indicador que ha ido creciendo a un ritmo menor que SMI. De hecho, el IPREM lleva estancado en 532,51 euros mensuales desde el año 2010⁵⁵.

Atendiendo a estos datos, la cuantía máxima de ayudas que podría otorgarse a una víctima de delitos contra la libertad sexual en concepto de tratamiento terapéutico desde el año 2010 sería cinco veces la cuantía del IPREM, es decir, 2.662,55 euros.

Según datos del Ministerio de Interior⁵⁶, en el año 2015 un 15,3% de las principales tipologías por causa de infracción penal se atribuyen a delitos contra las personas y la libertad.

Específicamente, por infracciones penales en delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España en 2015 se conocieron 9.869 hechos –un 0,48% sobre el total-, se esclarecieron 7.500 casos –un 1,14% sobre el total- y se detuvieron o imputaron 6.044 personas -1,59% sobre el total-⁵⁷.

Sin embargo, fijando como objeto de estudio la incidencia de esta tipología delictiva en España, es necesario estudiar el impacto de la Ley 35/1995 en función del número de hechos esclarecidos en España. Como se ha mencionado, acorde al Ministerio de Interior, en España se esclarecieron 7.500 casos por infracciones penales en delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

⁵⁵ Disposición adicional octogésima cuarta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, prorrogados de 2016 para 2017 de acuerdo con lo establecido en el artículo 134.4 de la Constitución Española, “Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos”.

⁵⁶ Anuario Estadístico del Ministerio de Interior 2015, Gobierno de España. 2016: 147-435. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>

⁵⁷ Anexo 33: Número de hechos conocidos, esclarecidos y detenciones e imputaciones en España. Anuario Estadístico del Ministerio de Interior: 2015.

No obstante, la totalidad de hechos esclarecidos no tienen por qué llevar aparejada sentencia condenatoria. Por ello, según la Estadística del Registro Central de Penados que recoge el Consejo General del Poder Judicial, el número de condenados adultos en el año 2015 por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual fue de 2.515 personas -2.405 hombres y 110 mujeres-⁵⁸. Sobre el total, casi el 95% de las condenas fueron por delitos contra la libertad sexual consumados -2.387 condenas-, siendo el resto en grado de tentativa o conspiración. A su vez, en el año 2014 el número de condenados por esta tipología delictiva alcanzó la cifra de 2.492 y, en el año 2013, la cifra de 2.628. Se puede observar, por tanto, que las cifras son muy similares en los tres años objeto de estudio.

Por otro lado, el Ministerio de Interior ofrece información en términos de “victimización”, concepto referido al número de hechos denunciados por personas que manifiestan ser víctimas o perjudicados. No obstante, no se dispone de datos estadísticos precisos sobre número de víctimas por motivos de protección de datos.

Así, suponiendo que, conforme a la tipología delictiva objeto de estudio, hubiese una víctima por cada condenado, habría en España en el año 2015 un número total de 2.515 víctimas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Asimismo, si todas estuviesen debidamente informadas acerca de la existencia de las ayudas económicas previstas en la Ley 35/1995, hubiesen sido sometidas a informe pericial del médico forense al momento de denunciar y se sometieren a tratamiento terapéutico, la cuantía máxima que debería destinar el Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 del Reglamento, sería 2.662,55 euros por cada una de las víctimas. Es decir, 6.696.313,25 euros destinados a ayudas económicas a las víctimas de delitos contra la libertad sexual en el año 2015.

Si comparamos estas cifras con los datos que se han podido obtener de la Clases Pasivas, Dirección General de Costes del Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda y Función Pública⁵⁹, los resultados son cuanto menos desoladores e invitan a la reflexión acerca del sistema de ayudas y mecanismo de atribución diseñado por el legislador.

⁵⁸ Estadística de Condenados Adultos en 2015 por delitos elaborada por el INE a partir de la información procedente del Registro Central de Penados, cuya titularidad pertenece al Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados/>

⁵⁹ La página del web de Clases Pasivas consta de un apartado de “Estadísticas e Informes” donde, mensualmente, se actualiza el número e importe de las ayudas otorgadas. No obstante, y de acuerdo a lo justificado por funcionarios del área, los datos de las ayudas no se encuentran procesados por el sistema informático estadístico de pensiones y, por ese motivo, se recoge consecutivamente cada mes que el número de ayudas es igual a cero. Así, esos datos no son válidos de cara a estudiar la incidencia de la reparación económica a la víctima. Disponible en: <http://www.clasespasivas.sepg.pap.minhfp.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/EstadisticasInformes/Paginas/EstadisticasInformes.aspx>

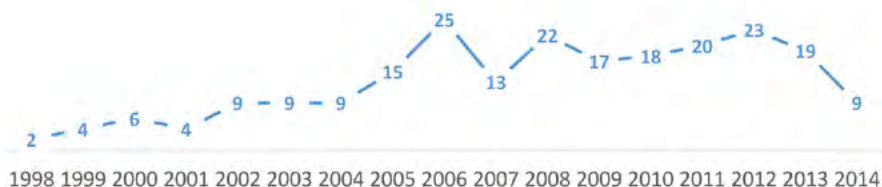
No obstante, se ha podido tener acceso a la información anual referente a estas ayudas gracias a la colaboración del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid.

En efecto, durante todo el año 2015, se concedieron un total de 9 ayudas económicas por gastos terapéuticos por un total de 8.305,18 euros⁶⁰.

Si el número de expedientes que recibieron ayuda económica para sufragar los gastos terapéuticos durante todo un año ascendió únicamente a 9 víctimas, este dato supone que, sobre el total de 2.515 condenas por delitos contra la libertad sexual, solo en un 0,36% de los casos, las víctimas efectivamente pudieron acceder a la ayuda pública. Por otro lado, la cuantía media percibida por las víctimas se sitúa en 922,8 euros, muy lejos de la cuantía máxima de 2.662,55 euros calculada según los datos del IPREM y en base a lo establecido en el Reglamento regulador de la Ley 35/1995.

Evaluando el resto de años sobre los que se disponen datos, concretamente desde el año 1998, se advierte que el año que más víctimas fueron notificadas con resolución favorable ascendió a un total de 25 ayudas económicas en el año 2006, con una cuantía total de 29.707,25 euros –y una cantidad media percibida por víctima de 1.188,29 euros-. Así, se puede observar que los datos se mantienen relativamente constantes a lo largo de los años con relación al número y cuantía de ayudas otorgadas.

NÚMERO DE AYUDAS EN GASTOS TERAPÉUTICOS SERIE
1998-2015



61

Si bien es cierto que existen muchos condicionantes que no se están tomando en consideración –indemnización civil percibida por la víctima que imposibilita la percepción de la ayuda, descripción de las circunstancias del delito, acreditación de denuncia, presentación del informe pericial del médico-forense, justificante del tratamiento terapéutico iniciado, además del criterio de concesión fundado en la equidad u orden público-, lo cierto es que las cifras son suficientemente reveladoras y pueden llevar al planteamiento de hipótesis acerca de por qué el sistema no funciona como las víctimas y la sociedad en su conjunto desearía que fuera.

Por otro lado, sería interesante valorar la ratio de ayudas otorgadas con respecto al número de ayudas solicitadas. Estos datos no se encuentran en la página web de

⁶⁰ Anexo 34: Ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual – Ley 35/1995 – Reconocimientos e importes (euros). Dirección General de Costes del Personal y Pensiones Públicas

⁶¹ Fuente: programa Excel. Elaboración propia.

Clases Pasivas, por lo que se requirieron informalmente a través de comunicación vía correo electrónico y llamada telefónica. Dado que nuestras solicitudes fueron infructuosas, se solicitó la información formalmente a través del Portal de Transparencia del Gobierno de España.

Sin embargo, a fecha de entrega del presente trabajo, no se ha recibido la información solicitada formalmente. Aun así, podemos imaginar que el número de solicitudes rechazadas es elevado y que, al contrario, el número de solicitudes otorgadas es bajo, debido fundamentalmente a la dificultad del procedimiento y al número de requisitos aparejados que conlleva la solicitud.

Esta creencia es confirmada por los datos presentados por la Asociación de Víctimas de Delitos Violentos en un informe presentado en el año 2006⁶². En él se recoge que se habían solicitado aproximadamente un total de 5000 ayudas –por incapacidad, invalidez, gastos terapéuticos, fallecimientos y gastos funerarios, y no solo por gastos terapéuticos que aplican a las víctimas de delitos contra la libertad sexual-, y se habían otorgado menos de 2000, hasta la fecha de publicación, es decir, en un periodo de 12 años.

Por otro lado, indica que en ese periodo de 12 años se habían destinado 25 millones de euros en ayudas, frente a los 90 millones de euros anuales presupuestados por el Ministerio de Justicia cuando se adoptó la ley.

Si bien estos datos no son estrictamente precisos –debido, en parte, a la falta de transparencia en torno a la concesión, procedimiento, presupuesto, y ratios de las ayudas por parte del Gobierno-, la realidad que reflejan es lo suficientemente evidente como para hacerse una idea de que la ley no muestra una eficacia práctica palpable.

Así, sumado a la dificultad del procedimiento y los requisitos a cumplimentar, estos datos pueden ser reflejo de una falta de difusión de la ley, además del desconocimiento tanto por las víctimas, como por los operadores jurídicos que intervienen a lo largo del procedimiento judicial.

3.7. Asistencia a las víctimas

El capítulo II de la Ley 35/1995 recoge un concepto diferenciado al de ayudas públicas económicas, con el objetivo de instaurar un sistema de atención jurídica, psicológica y social a víctimas de toda tipología delictiva, a través de la implantación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Además, instaura una serie de deberes de información de las autoridades y funcionarios públicos para informar a las víctimas de los derechos que las asisten.

⁶² Ayllón Camacho, JL. *Op.Cit.* Disponible en: <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/gp-2008n286a1.pdf>

En primer lugar, el artículo 15 de la Ley prevé que los Jueces, Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos tienen la obligación de informar a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual de la posibilidad de solicitar las ayudas previstas en la Ley. Asimismo, insta la obligación de las autoridades policiales de reflejar en los atestados todos los datos de identificación de la víctima, además de las lesiones que presente, con el fin de facilitar el procedimiento posterior de solicitud de ayuda económica.

En segundo lugar, a través del artículo 16 se crean las Oficinas de asistencia a las víctimas. Éstas se conciben con el objetivo de dirigir y orientar a las víctimas tras la comisión del ilícito, tomando en consideración sus necesidades para superar los daños y perjuicios padecidos a consecuencia del conflicto delictivo, con el fin de evitar el peligro de victimización secundaria⁶³.

Aunque el artículo 16 da visibilidad a las experiencias surgidas a lo largo de la geografía española en los años ochenta, esta disposición no fue objeto de desarrollo reglamentario hasta que en el año 2015 se aprobó la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito y el reglamento que la desarrolla. Sin embargo, la regulación prevé que se establezcan convenios con las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales para la encomienda de gestión.

La primera experiencia de Oficina de víctima del delito surgió en Valencia en el año 1985, realizando funciones informativas, de asistencia jurídica y apoyo emocional. Posteriormente, 1989 iniciaron su actividad el Servicio de atención a las víctimas de Barcelona (SAV) y la Oficina de ayudas a víctimas de Palma de Mallorca y, en el año 1991, se inició esta actividad a través del Servicio de Asistencia a la Víctima (SAV) del País Vasco⁶⁴.

Así, en desarrollo de lo dispuesto en la ley, el Ministerio de Justicia inició el camino de la implantación de las oficinas bajo su gestión en el año 1998, en las capitales de provincia que se encontraban en su ámbito de competencia⁶⁵.

⁶³ García Rodríguez, MJ. "La importancia de los servicios de asistencia a las víctimas en la Administración de Justicia para minimizar el riesgo de su doble victimización en el proceso de violencia de género". *III Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres: Proyecto Integral Andaluz de Seguridad y Protección a Víctimas de Violencia de Género*. 2012. Disponible en: <http://www.violenciageneroasistenciavictimas.es/index.php/lineas-de-actuacion/congreso-vg/iii-congreso/articulos-cientifico-tecnicos/144-la-importancia-de-los-servicios-de-asistencia-a-las-victimas-en-la-administracion-de-justicia-para-minimizar-el-riesgo-de-su-doble-victimizacion-en-el-proceso-de-violencia-de-genero>

⁶⁴ Villameriel Presencio, LP. *Op. Cit.* pp. 5-23.

⁶⁵ Las oficinas dependientes del Ministerio de Justicia son únicamente las correspondientes a las Comunidades Autónomas de Castilla-León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, Illes Balears, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

4. ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

4.1. Regulación extensiva más allá de la Ley 35/1995: Estatuto de la Víctima del Delito y su desarrollo por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre

En el año 1999 el Ministerio de Justicia publicó una *Guía de las Oficinas de Asistencias a las Víctimas de Delitos*⁶⁶, diseñada con el objetivo de definir las características, funciones y contenido de las mismas, dado que la regulación de la Ley 35/1995 era excesivamente parca en detalles.

Sin embargo, las oficinas no han sido objeto de un desarrollo detallado y pormenorizado hasta la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito. Éste regula en su Título IV, Capítulo I, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, creadas por la ya estudiada Ley 35/1995.

Se enumeran las funciones –información general sobre derechos y sobre el acceso al sistema público de indemnizaciones, apoyo emocional, asesoramiento sobre la indemnización de daños y perjuicios y la justicia gratuita, asesoramiento preventivo de victimización secundaria y coordinación con diversas entidades, Jueces, Magistrados y Ministerio Fiscal–, además de las medidas de asistencia y apoyo que se podrán prestar a las víctimas. Además, se establece que podrán recibir asistencia tanto las víctimas directas como los familiares de las mismas.

Asimismo, se establece las Oficinas habrán de prestar apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocésal.

El Estatuto es objeto de desarrollo por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre⁶⁷, el cual detalla el ámbito objetivo y subjetivo de las mismas, además de recoger los derechos que asisten a las víctimas cuando se encuentran recibiendo asistencia en las Oficinas. Es relevante precisar que el Real Decreto aplica tanto a las Oficinas dependientes del Ministerio de Justicia como a las de las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, se definen en detalle las funciones que las Oficinas habrán de cumplir en su puesta en funcionamiento: asistencia, atención jurídica, asistencia psicológica y asistencia social. Asimismo, se detalla que la asistencia se prestará en atención a cuatro fases diferenciadas: 1) acogida y orientación; 2) información; 3) intervención; 4) seguimiento.

⁶⁶ Oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra libertad sexual. Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/oficinas-asistencia-victimas>

⁶⁷ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 30 de diciembre de 2015. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14263

El Ministerio Fiscal, en su Informe sobre el Proyecto de Real Decreto⁶⁸, muestra su descontento con la falta de alusión a la coordinación de estas Oficinas con las Fiscalías. El Consejo Fiscal considera que por pura practicidad y por falta de capacidad para llevar a efecto las funciones que se las otorgan, se debería establecer algún mecanismo de coordinación entre Oficinas y Fiscalías. Asimismo, refleja que se deberían de dotar de unos recursos y profesionales especializados que no tienen, ya que están eminentemente compuestas por gestores procesales.

En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía en su Memoria del año 2016⁶⁹, en la que indica que “*ni la LEVD ni el Reglamento atribuyen al Fiscal obligación alguna en relación a la prestación de asistencia y atención extraprocesal directa de las víctimas*” y que las funciones otorgadas a las Oficinas son “*básicamente coincidentes con buena parte de las que hasta la fecha realizaba el Servicio de Atención de Víctimas de la Fiscalía*”.

En este sentido, valora que el Estatuto limita de forma obvia la actuación del Ministerio Fiscal y reclama el reconocimiento de su actividad con las víctimas.

4.2. Oficinas de Asistencia a las Víctimas

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se constituyen como un servicio público y gratuito. Si bien atienden a víctimas de toda clase de delitos, éstas se encargan preferentemente de asistir y proteger a las víctimas de delitos violentos con resultado de muerte, lesiones graves o contra la salud física o mental, además de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, ya sean víctimas, directas o indirectas.

En primer lugar, en la prestación de servicios de asistencia a víctimas se puede distinguir entre a) el modelo de asistencia prestada por entidades privadas, en muchas ocasiones por entidades no gubernamentales; y b) el modelo de asistencia prestado por entes públicos, mayoritariamente presente en España⁷⁰.

Por otro lado, en España se pueden diferenciar dos modelos de oficinas de asistencia⁷¹:

⁶⁸ Informe del Consejo Fiscal sobre Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de las oficinas de asistencia a las víctimas y se implementan otras medidas en desarrollo del estatuto jurídico de la víctima del delito. Consejo Fiscal, Fiscalía General del Estado. 2015. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_Proyecto_Reglamento_Asiencia_V%C3%ADctimas.pdf?idFile=e2200786-f008-43b3-92be-4ecb8294f8e4

⁶⁹ Memoria elevada al Gobierno de S.M. Fiscalía General del Estado. 2016. Capítulo III, 9. Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html

⁷⁰ Villacampa Estiarte, C. “La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención”, en: Tamarit Sumalla. *Víctimas Olvidadas*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2010. p. 179.

⁷¹ Rodríguez Puerta, M J. “Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en: Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, Tamarit Sumalla, J M. *Manual de Victimología*. 1º edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch; 2006. p. 407-408.

- Modelo multidisciplinar, caracterizado por especialistas –juristas, psicólogos y trabajadores sociales, además de voluntarios y becarios–, y que se encuentra instaurado en Andalucía y el País Vasco.
- Modelo unipersonal, donde la asistencia es coordinada por un gestor procesal de la Administración de Justicia, que realiza labores informativas y de colaboración con servicios que prestan otros profesionales a través de convenios. Este modelo es el que se sigue en las oficinas dependientes del Ministerio de Justicia.

Como ejemplo del modelo multidisciplinar destacan el Servicio de Asistencia a las Víctimas en el País Vasco y en Andalucía, muy adelantados tanto en competencias y personal cualificado, como en medios materiales disponibles al efecto de la asistencia y apoyo.

En especial, la diferencia más significativa de estos modelos radica en que están compuestos por juristas, psicólogos y trabajadores sociales, con formación especializada en atención y asistencia a las víctimas. Asimismo, cuentan con su propia regulación autonómica previa a la estatal, lo cual las sitúa varios pasos por delante del modelo unipersonal.

Como ejemplo, el Servicio de Asistencia a las Víctimas (SAV) de Gobierno Vasco⁷² atendió en el año 2015 a 2.674 víctimas de todo tipo de delitos, de las cuales 1.142 fueron mujeres maltratadas. A su vez, el 80,5% de las víctimas eran mujeres⁷³.

Por otro lado, un ejemplo de modelo unipersonal se puede encontrar en la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Leganés, perteneciente a la Comunidad de Madrid, la cual tiene transferida las competencias en materia de gestión de las oficinas. En ella únicamente se encuentra un gestor procesal, que es el que realiza la labor de información jurídica y asistencia primaria a las víctimas, además de proveer información sobre justicia gratuita y las ayudas económicas de la Ley 35/1995⁷⁴.

De acuerdo a la experiencia acumulada y observada por el gestor procesal de esta oficina, no acuden muchas víctimas de delitos contra la libertad sexual a buscar apoyo e información tras la comisión del delito. Esta información encaja con las singularidades y rasgos de esta tipología de víctima incluidos en el apartado 4.1 del presente trabajo. En efecto, son víctimas especialmente vulnerables, que llevan aparejado el tema “tabú” que supone haber sufrido un delito contra la libertad sexual. Es más, cuando se producen dentro del seno familiar o de confianza de la víctima, en multitud de ocasiones no

⁷² Servicio de Asistencia a la Víctima (SAV). Departamento de Empleo y Servicios Sociales, Gobierno Vasco. Disponible en: http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.eus/r45-19243/es/contenidos/informacion/sav/es_sav/sav.html

⁷³ El Gobierno vasco atendió a 2.674 víctimas de delitos, 1.142 de violencia machista. Diario El Mundo. Abril de 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/04/05/5703b310ca474123558b4661.html>

⁷⁴ Información obtenida a través de una entrevista mantenida con el gestor procesal encargado de la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Leganés.

se denuncian los hechos, por lo que muchas quedan desprotegidas de asistencia y apoyo por parte de los servicios destinados al efecto.

Por otro lado, si bien en la oficina se provee información sobre las ayudas económicas previstas en la Ley 35/1995, no se reciben muchas solicitudes, bien porque no están debidamente informadas, bien porque eligen solicitarlas por otros cauces ante el Ministerio⁷⁵.

Por último, cabe destacarse que si bien las Oficinas del modelo unipersonal no están dotadas de asistencia psicológica, rige el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la prestación de asistencia y apoyo a las víctimas⁷⁶.

5. JUSTICIA RESTAURATIVA EN DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

5.1. Regulación internacional y nacional

Si bien el proceso penal de adultos no prevé de forma expresa la posibilidad de recurrir a mediación penal en ningún instrumento normativo nacional, este hecho no ha impedido que, en la práctica, se hayan llevado a cabo numerosas experiencias y proyectos piloto, habilitados por una serie de normas de carácter internacional, europeo e interno en la materia. Por dicho motivo, es relevante estudiar los instrumentos que, paulatinamente, han ido dando paso a la instauración de la mediación y otros mecanismos de justicia restaurativa para lograr, en mayor medida, la reparación del daño causado.

El primer gran paso de la Unión Europea hacia la integración de la justicia restaurativa y la mediación en el ámbito del proceso penal se efectuó a través de la aprobación de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁷⁷, ya mencionada previamente en el presente trabajo.

El contenido de esta Decisión marco vino inspirada por disposiciones normativas comunitarias que se detallan en las consideraciones previas de la misma. Sin embargo, también se fundamenta en otros instrumentos de carácter internacional, como las Recomendaciones nº R (85) 11 y R (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ya aconsejaban examinar las posibles ventajas de la mediación y conciliación, culmi-

⁷⁵ Información obtenida a través de una entrevista mantenida con el gestor procesal encargado de la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Leganés.

⁷⁶ Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la prestación de asistencia psicológica y apoyo a las víctimas en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Portal de Transparencia. 2016. Disponible en: http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/conveniosyencomiendas.htm?id=Convenio_JUS201500260&fcAct=2016-11-27T11:09:08.029Z&lang=es

⁷⁷ Dicha Decisión Marco fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

nando con la Recomendación R (99) 19, relativa a la mediación en materia penal, de 15 de septiembre de 1999, que recogía una serie de principios a tener en consideración por los Estados al desarrollar la mediación en la legislación nacional en materia penal⁷⁸.

A su vez, es necesario tener en consideración otros instrumentos como la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*, de 29 de noviembre de 1985, la Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999 y la Resolución 2000/14 de 27 de julio de 2000 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y aplicación de medidas de mediación y justicia reparadora y sobre Principios básicos sobre justicia restaurativa en materia penal, respectivamente, y el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de 2006,

Su impulso viene dado por la imperante necesidad existente de que los Estados miembros ajustasen sus disposiciones legales con el fin de proteger a las víctimas de manera coordinada y con independencia del Estado donde éstas se encontrasen.

En efecto, el propósito de esta Decisión se enmarca en la protección de las víctimas más allá del estricto procedimiento penal, abarcando a su vez medidas de asistencia a las víctimas antes, durante y después del proceso penal, con el propósito de mitigar el impacto del delito⁷⁹.

En materia de justicia restaurativa, se define la mediación en causas penales como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”⁸⁰. Asimismo, el artículo 10 establece que los Estados miembros habrán de impulsar la mediación para aquellas infracciones penales que se ajusten a los requerimientos de este tipo de medida y velarán por que los convenios acordados por las partes a través de este mecanismo se tomen en consideración.

La promulgación de este instrumento de derecho comparado se encuadra en la armonización de disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal que se introdujo al derecho de la Unión Europea a través del Tratado de Ámsterdam. Con este objetivo, se acordaba adoptar decisiones marco “para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”⁸¹. En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el órgano judicial nacional debe interpre-

⁷⁸ Recomendación R (99) 19, relativa a la mediación en materia penal, de 15 de septiembre de 1999. Consejo de Europa, Consejo de Ministros. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168062e02b

⁷⁹ Consideraciones previas de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001F0220>

⁸⁰ Artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)

⁸¹ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>

tar las normas internas a la luz de la letra y finalidad de la decisión marco⁸², obligando a los Estados en cuanto al resultado a conseguirse, y dejando a éstos la elección de los medios y la forma para su correcta inclusión en la normativa nacional⁸³.

En este sentido, el plazo que se establecía para dar cumplimiento a la Decisión marco mediante la adopción de disposiciones reglamentarias, legales y administrativas internas se fijó hasta el 22 de marzo de 2006⁸⁴.

De este modo, los compromisos adquiridos por España han sido parcialmente cumplidos ya que, hasta la fecha, solo se ha procedido a su incorporación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es decir, se ha adoptado con respecto al infractor menor de edad.

En particular, el artículo 19 de la ley recoge la posibilidad del Ministerio Fiscal de desistir en la continuación del expediente si el menor infractor por delito menos grave o falta se compromete a conciliarse o reparar a la víctima, en atención al principio de oportunidad reglada que rige este procedimiento en interés del menor⁸⁵. El mismo artículo define los conceptos de conciliación y reparación y establece que la mediación se llevará a cabo por el equipo técnico en sus apartados 2º⁸⁶ y 3º, respectivamente.

Si bien no se ha procedido todavía a satisfacer los compromisos adquiridos por España a través de la legislación comunitaria, lo cierto es que ha habido dos notables conatos de desarrollo de la mediación y la justicia restaurativa de forma definitiva en el entramado procesal penal español: el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el nuevo Código Procesal Penal de 2013.

El primero es el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual se desarrollaba junto con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales⁸⁷. En el mismo se especificaba que la institución de la mediación no había de ser entendida como una renuncia del Estado al *ius puniendi*, sino como un mecanismo

⁸² Manes, V. "La incidencia de las "decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2007; núm. 09-07: p. 07:1-07:20. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>

⁸³ La legislación comunitaria en la materia ha sido modificada y actualmente la cooperación judicial en materia penal se encuentra regulada en el Título V, Capítulo 4, relativo a la cooperación judicial en materia penal del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Específicamente, el artículo 82.2 establece que se podrán establecer normas mínimas mediante directivas referidas a "[...] b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos [...]".

⁸⁴ Artículo 17 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)

⁸⁵ Martínez Jiménez, J. *Op. cit.* p. 457-471.

⁸⁶ "[...] se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil".

⁸⁷ Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal. Ministerio de Justicia, Gobierno de España. 2011. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf>

según el cual el Estado renuncie a la imposición de la pena cuando, en atención a la prevención del delito y la satisfacción del interés de la víctima, no fuera imprescindible.

Así, se otorgaba un Capítulo a la mediación penal dentro del Título relativo a las formas especiales de terminación del procedimiento penal. En el mismo se establecía que la mediación se sujeta a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad; que las partes se pueden someter a ella bien a lo largo del procedimiento o bien en su fase de ejecución, además de desistir en cualquier momento si así lo consideran; y que, en el supuesto de que se alcanzase acuerdo, la sentencia incluiría una atenuante de reparación del daño.

Con respecto a los delitos que habrían de someterse a mediación, el Anteproyecto no especificaba ni excluía ninguno lo que supone, por tanto, que los delitos contra la libertad sexual podrían someterse a este mecanismo de justicia restaurativa.

Por otro lado, el segundo conato de desarrollo legislativo lo constituyó el proyecto de nuevo Código Procesal Penal⁸⁸ de 2013, en sustitución de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. El Título VI del Libro II recogía las disposiciones relativas a mediación penal y justicia restaurativa, destacando que se concebía como un mecanismo de solución de controversias que se ideaba para satisfacer las expectativas de la víctima de conseguir la explicación, el perdón y la reparación que necesita.

Es llamativo resaltar que el texto incidía en el hecho de que implantar la mediación era una necesidad que emanaba tanto de la práctica llevaba a cabo hasta entonces, como de las obligaciones internacionales mencionadas previamente. Se exponía que la justicia restaurativa implicaba que la reparación, más allá de la indemnización civil, podía constituirse como un mecanismo de prevención y se aclaraba que se trataba de un instrumento que *“supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes”*. Asimismo, este anteproyecto tampoco especificaba ni excluía delitos que tuvieran que ser sometidos a mediación penal.

Pese a que ninguno de estos proyectos se haya llegado a aprobar, se erigen como útiles y favorables precedentes para un futuro desarrollo legislativo procesal en la materia.

5.2. Justicia Restaurativa y mediación intrajudicial

La mencionada ausencia de regulación procesal expresa sobre justicia restaurativa en el proceso penal de adultos ha derivado a que hayan ido surgiendo ciertos programas de mediación –herramienta fundamental y primaria de la Justicia Restaurativa– a lo

⁸⁸ Proyecto de Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia, Gobierno de España. 2013. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292375190463?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCODIGO_PROCESAL_PENAL.pdf&blobheadervalue2=1288778173060

largo y ancho del territorio nacional. Estos programas han contado con apoyo institucional proveniente de instituciones del Poder Judicial, como es el caso del Consejo General del Poder Judicial, de magistrados y jueces y de miembros del Ministerio Fiscal⁸⁹.

No obstante lo recién mencionado, y sin una base procesal que lo sustente, el Estatuto de la Víctima del Delito y el Real Decreto que lo desarrolla han dado la bienvenida al acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa⁹⁰, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos al efecto: reconocimiento de los hechos por parte del infractor, consentimiento de ambas partes, confidencialidad y seguridad del procedimiento para la víctima. Asimismo, el Real Decreto que desarrolla el Estatuto ha otorgado a las Oficinas de Víctimas la labor de proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal y realizar labores de apoyo a los servicios de mediación intrajudicial.

Por otro lado, es relevante mencionar que, debido a la falta de base procesal que habilite las experiencias de mediación penal en España, se ha venido aplicando subsidiariamente la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹¹.

Este creciente apoyo a la Justicia Restaurativa también se ve reflejado en la Guía de Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), con su última versión adaptada a los cambios legislativos y experiencias vividas en los juzgados, publicada a finales del pasado año 2016⁹². Este texto es objeto de un desarrollo detallado, en el que se da la bienvenida a la mediación como una técnica de Justicia Restaurativa que supone un cambio en la cultura de la sociedad en su conjunto, y de los profesionales del sistema judicial, en particular.

Consta de una guía para la implantación de servicios de mediación, un protocolo de derivación a mediación –en el cual se especifica que los únicos delitos que quedan excluidos ab initio a mediación penal son los de violencia de género, por expresa prohibición legal⁹³–, y una serie de anexos, entre los que se detallan las garantías y ventajas de la justicia restaurativa, el marco legislativo en que se encuadra esta figura y la tipología de casos y delitos en los que se ha mostrado como un elemento eficaz, entre otra información relevante.

⁸⁹ Etxeberria Guridi, JF. “Bases para la mediación penal en España”. XVII Congreso de Estudios Vascos: *Gizarte aurrenaperen iraunkorrenako berrikuntza*. 2012: P. 1879 – 1895. Disponible en: <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/congresos/17/18791895.pdf>

⁹⁰ Artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

⁹¹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, núm. 162, de 7 de julio de 2012. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

⁹² Guía de Mediación Intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial. 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/La-nueva-Guia-de-mediacion-intrajudicial-una-herramienta-para-la-mejora-del-acceso-a-la-Justicia>

⁹³ Artículo 87 ter apartado 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducido por el artículo 44 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Esta guía tiene su base tanto en el marco legislativo internacional como en las diferentes experiencias de mediación que han ido surgiendo en años recientes. Las primeras experiencias de mediación en materia penal surgieron en Valencia en los años 1991 a 1996 y las primeras mediaciones patrocinadas por el CGPJ surgieron en 2005⁹⁴. Entre ellas, destaca el Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid iniciado en 2009, desarrollado en paralelo al Máster Universitario en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos que se efectúa a través de un convenio de colaboración con los Juzgados de Leganés y Getafe y con el apoyo del CGPJ.

Entre otras organizaciones dedicadas a la mediación y a la resolución alternativa de conflictos destacan la Fundación Notarial Signum, creada en 2011 por el Colegio Notarial de Madrid –que en el año 2015, junto con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ha colaborado en la puesta en funcionamiento de la mediación en cuatro secciones de la Audiencia Provincial de Madrid⁹⁵–, la Asociación Apoyo o la Asociación de Mediación y Pacificación –que inició su trabajo en mediación penal en el año 2005 a través de un acuerdo con el Servicio de Planificación del CGPJ y la Fiscalía de Madrid–.

La labor que se lleva a cabo a través de la mediación intrajudicial por parte de los mediadores se encuentra justificada en la participación de los tres actores que intervienen activamente en la resolución del conflicto delictivo: sociedad, infractor y víctima, siendo esta última la figura que ostenta el mayor protagonismo en todo el entramado reparador⁹⁶.

Se busca la reparación de la víctima en un sentido amplio, más allá de la indemnización civil declarada en sentencia, de tal manera que se pueda reparar los daños y perjuicios tanto morales como materiales sufridos a consecuencia del delito. A su vez, genera en la víctima una sensación de mayor control del resultado del conflicto delictivo. Por otro lado, se facilita la concienciación y responsabilidad del infractor por el daño causado a su víctima, además de la posibilidad de que éste obtenga determinados beneficios penológicos a consecuencia de la mediación –viabilizando jurídicamente, a su vez, el acuerdo de mediación en el proceso penal⁹⁷. Por último, la mediación produce un impacto en la sociedad, de tal manera que sirva como instrumento para la

⁹⁴ Etxeberria Guridi, JF. *Op. Cit.* p. 1879 – 1895. Disponible en: <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/congresos/17/18791895.pdf>

⁹⁵ Memoria de la Audiencia Provincial de Madrid. Comunidad de Madrid. 2015. p. 15 – 34.

⁹⁶ Guía de Mediación Intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial. 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/La-nueva-Guia-de-mediacion-intrajudicial-una-herramienta-para-la-mejora-del-acceso-a-la-Justicia>

⁹⁷ Puede conllevar la apreciación de la atenuante genérica del artículo 21.5 del Código Penal (CP) de reparación del daño; la atenuante analógica del artículo 21.7º de confesión tardía; la extinción de la responsabilidad penal por el perdón del ofendido, que suponga que el ofendido se considere totalmente reparado, retire la denuncia y el Juez o Fiscal puede archivar la causa; y, en fase de ejecución, la suspensión de la condena, la libertad condicional o el indulto de la pena.

pacificación social y la disminución de la conflictividad, al igual que suponer un acercamiento de la sociedad civil a la justicia⁹⁸.

En efecto, lo que implica la justicia restaurativa en general, y la mediación, en particular, es dar visibilidad al conflicto delictivo encubierto tras el tipo delictivo recogido en la Ley. Le otorga una perspectiva más humana al proceso penal en su conjunto e incide dando protagonismo a la responsabilización por el hecho delictivo y la reinserción del acusado en la sociedad.

Así, se está produciendo un cambio en la justicia penal, que se puede deber fundamentalmente a cinco factores: a) corrientes retributivas; b) corrientes de empoderamiento social; c) ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia; d) fines de reinserción; y e) mayor importancia de la víctima⁹⁹.

En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha venido recogiendo desde el año 2009 datos estadísticos relativos a los asuntos derivados a mediación penal en España¹⁰⁰. Las estadísticas desprenden que la inmensa mayoría de asuntos derivados a mediación provienen de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción –en el año 2015, se derivaron 2.435 asuntos provenientes de los mismos, en comparación con los 137 asuntos de los Juzgados de lo Penal-. Por otro lado, llama la atención que, del total de 2.572 asuntos derivados en mediación penal en 2015, el 44,6% provinieron únicamente del País Vasco. Otras Comunidades que también presentan índices altos de derivación a mediación penal son Cataluña, Navarra, Murcia, Madrid y Andalucía. Por último, es llamativo precisar que las Comunidades de Asturias, Islas Baleares, Islas Canarias, Cantabria y Extremadura no presentan ningún caso derivado a mediación entre los años 2012 y 2015.

Estos datos encajan con los resultados obtenidos sobre la población objeto de estudio en mediación, recogidos en el apartado 3.3.3 b) del presente trabajo. Las conclusiones del análisis descriptivo de la población objetivo de la Audiencia Provincial revelaban que ninguno de los asuntos había sido referido a mediación.

No obstante, la creciente visibilidad y aceptación de la mediación se refleja en la experiencia piloto de mediación iniciada a través de la fundación SIGNUM y el Colegio de Abogados de Madrid¹⁰¹ y puesto en funcionamiento en el año 2015 en 4 de las 14 secciones de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁹⁸ La UC3M cuenta con un Servicio de Mediación Intrajudicial único en España. Cadena Ser: abril de 2016. Disponible en: http://cadenaser.com/emisora/2016/04/25/ser_madrid_sur/1461591312_550132.html

⁹⁹ Soleto Muñoz, H. “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, en Garciandía González, Soleto Muñoz, H. *Sobre la mediación penal*. Navarra: Aranzadi; 2012. p. 53 y ss.

¹⁰⁰ Mediación Intrajudicial - Años 2009-2015. Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediation-Intrajudicial/>

¹⁰¹ Memoria de la Audiencia Provincial de Madrid. Comunidad de Madrid. 2015. p. 15 – 34.

5.3. Justicia restaurativa y mediación en delitos sexuales

Las víctimas de delitos contra la libertad sexual alojan en su interior dos sentimientos que inciden de manera directa en la perpetuación de la victimización secundaria: la culpabilidad por su comportamiento y la estigmatización en su entorno en particular, y la sociedad en general. La frustración, ansiedad y estrés que estos sentimientos generan en la víctima y su entorno cercano pueden acarrear una perpetuación de los efectos del delito, dejando una cicatriz perenne e insanable en la víctima¹⁰².

De esta manera, se genera un conflicto entre la víctima y el condenado —o acusado, si es previo a la finalización del proceso judicial— por el delito y, en multitud de ocasiones, entre la víctima y su propio entorno familiar, que no saben cómo afrontar la situación, derivando en una falta de comunicación, comprensión y sensibilización hacia la misma. Este hecho se agrava si el episodio generador del delito es intrafamiliar o generado en un núcleo cercano o de confianza de la víctima, caso en el que el interés de la familia por que no sea conocido el hecho delictivo es muy habitual.

Este interés por el desconocimiento de los hechos, junto con el miedo a la falta de credibilidad y la consideración de los mismos como tema “tabú”, inciden en gran medida en la falta de judicialización de los actos por falta de denuncia o, incluso, en su prescripción tras años de silencio.

Así, se pueden diferenciar dos tipos de intervención de la mediación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: el primero, en delitos perpetrados de manera puntual, en los que víctima y agresor no se conocen o no tienen una relación interpersonal previa a la comisión del ilícito; y el segundo, en delitos consumados en el seno familiar, cercano o de confianza de la víctima. En estos últimos, la participación del mediador se torna más compleja debido a la carga psicológica extra que lleva aparejado el conflicto delictivo en la misma¹⁰³.

De hecho, y de acuerdo a la experiencia adquirida por mediadores del Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid, la práctica revela que la mayoría de los casos de mediación en delitos sexuales se produce en el seno familiar, cercano o de confianza de la víctima.

Aunque la decisión de someter un conflicto entre víctima y agresor a mediación, a primera impresión, pueda producir rechazo tanto por las partes como por la sociedad e, incluso, un sector de la doctrina científica¹⁰⁴, lo cierto es que no existe prohibición

¹⁰² Información obtenida de la entrevista con una mediadora del Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Entre otros, Pérez Machío, A I. *Op. Cit.* p. 1-10 y Cruz Parra, J A. *La mediación penal. Problemática y soluciones*. 1º Edición. Granada: AutopublicaciónLibros.com; 2013. p. 288.

legal alguna que deniegue la sumisión de esta clase de delitos a este instrumento de Justicia Restaurativa¹⁰⁵.

En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial considera que la mediación se muestra como un instrumento eficaz en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, específicamente en agresiones y abusos sexuales¹⁰⁶.

Sin embargo, para que la mediación en estas tipologías delictivas sea eficaz y beneficiosa para las partes, es necesario valorar tres aspectos fundamentales¹⁰⁷:

- Voluntariedad de sumisión por las partes. La voluntad de la víctima se torna esencial, ya que la decisión de participar en la mediación puede generar la llamada victimización secundaria. El impacto emocional sufrido por la víctima puede ser tan intenso, que la idea de encontrarse de nuevo con su agresor puede causarle un trastorno muy grave¹⁰⁸.
- Posibilidad de responsabilización del infractor. Esto supone evaluar si el infractor, además de aceptar los hechos, es capaz de empatizar con la situación y sentimientos de la víctima.
- Medir las necesidades de la víctima con el fin de valorar si la mediación es una herramienta útil y beneficiosa para resolver el conflicto delictivo en el caso particular.

Así, cuando estas circunstancias concurren, la mediación en delitos contra la libertad sexual puede ser fructuosa y regeneradora para la víctima, ayudándola a seguir adelante con su vida y a borrar la huella del suceso. Países como Canadá o Estados Unidos están más avanzados que España en mediación entre víctima y ofensor¹⁰⁹, y se pueden encontrar experiencias que muestran los beneficios que la justicia restaurativa supone para víctimas, a las que la reparación económica no logra ni satisfacer sus necesidades ni remitir los efectos derivados del suceso.

¹⁰⁵ Como se ha mencionado previamente, la mediación sólo se encuentra vedada a supuestos de violencia de género instruidos por los Juzgados de Violencia contra la Mujer por el Artículo 87 ter apartado 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁰⁶ Guía de Mediación Intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial. 2016. p. 117. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/La-nueva-Guia-de-mediacion-intrajudicial--una-herramienta-para-la-mejora-del-acceso-a-la-Justicia>

¹⁰⁷ Información obtenida de la entrevista con una mediadora del Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹⁰⁸ Cuadrado Salinas, C. La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal? Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2015; núm. 17-01: p. 1-25.

¹⁰⁹ La mediación entre víctima y ofensor se inició en Canadá en el año 1974, tras el cual comenzó el Programa de Reconciliación de Víctima/Ofensor y que, posteriormente, fue importado a los Estados Unidos. En este sentido, Rendon J. Mediación entre víctima y ofensor. Mediate.com. Disponible en: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm

Como ejemplo, en un proyecto llevado a cabo por el Centro Internacional de Criminología Comparativa de la Universidad de Montreal, se estudió el encuentro de dos víctimas de violación con sus violadores¹¹⁰. En él se detalla que ambas, que sufrían trastornos post-traumáticos de estrés, fueron las que solicitaron encontrarse con sus agresores. En la experiencia se explica que, aunque es una situación difícil y dolorosa, la sensación de liberación es indescriptible. Asimismo, la víctima es capaz de seguir adelante con su vida, al tener la sensación de haber cerrado el capítulo negro de su existencia.

De igual modo, se puede señalar otra experiencia, esta vez de abuso sexual en el seno familiar en Estados Unidos a través del Centro por la Justicia y la Reconciliación, paralelo al Programa Sycamore Tree¹¹¹. La víctima relata que su padastro abusó de ella durante su niñez y que, al pasar los años y madurar, se dio cuenta de que necesitaba enfrentarse a él¹¹². Narra que, al recibir su perdón, pudo decir adiós a su pasado y dar la bienvenida a un futuro sin el peso de los hechos sobre sus hombros¹¹³.

En esta línea, asociaciones y colectivos pioneros en España como el Centro de Atención a Víctimas de Violencia Sexual (CAVAS) plantean la idea de intervenir en estos conflictos, en vez de entre víctima y agresor, entre víctima y familiares, con el objetivo de influir de manera positiva en la superación del proceso traumático¹¹⁴.

Así, la finalidad de mediar en los conflictos relacionados con delitos sexuales es transformar la calidad de las interacciones de las partes en conflicto y conseguir que abandonen la debilidad y la falta de control. La finalidad, por tanto, de mediar entre víctimas y sus familiares es dirigir las interacciones de las partes hacia la revalorización, el reconocimiento y la comprensión¹¹⁵.

CONCLUSIONES

Como respuesta a la preocupación manifestada tanto en Convenios y Recomendaciones internacionales como en la legislación comparada, el legislador diseñó la Ley

¹¹⁰ Victims' experience with expectations and perceptions of Restorative Justice: A critical review of the literature. Policy Centre for Victim Issues, International Centre for Comparative Criminology. 2002: p. 32-35. Disponible en: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rr01_9/rr01_9.pdf

¹¹¹ El programa Sycamore Tree se basa en encuentros entre víctimas y agresores no relacionados, es decir, que no son víctimas y agresores los unos de los otros. Se lleva a cabo en prisiones y su objetivo fundamental es profundizar en la responsabilización, confesión, perdón y reconciliación. Disponible en: <http://restorativejustice.org/we-do/sycamore-tree-project/>

¹¹² 'How I got an apology from my abuser'. Centre for Justice and Reconciliation. Disponible en: <http://restorativejustice.org/about-us/stories/how-i-got-an-apology-from-my-abuser/8/>

¹¹³ Restorative justice: 'How I got an apology from my abuser'. BBC News. October 2015. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/uk-34571936>

¹¹⁴ Cidoncha Romero, D. "La mediación: parte integral de la asistencia a víctimas de violencia sexual". *Revista de Mediación*. 2012; nº 10. p. 19-26.

¹¹⁵ *Ibid.*

35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, acotando las mismas a los mencionados delitos de máxima gravedad para la salud de las personas.

En líneas generales, las ayudas previstas para las víctimas de delitos contra la libertad sexual, en primer lugar, son incompatibles con la percepción de la indemnización y, en segundo lugar, cubren los gastos terapéuticos incurridos como consecuencia de la perpetración del delito.

Tras un estudio exhaustivo de la ley y las ayudas que provee, basado en sus previsiones, requisitos, naturaleza y ámbitos subjetivo, objetivo y temporal, se puede concluir que su eficacia práctica es, cuanto menos, desesperanzadora. Por un lado, por la falta de transparencia del Ministerio de Hacienda sobre las solicitudes, beneficiarios, cuantías y ratios de percepción de las ayudas y, por otro, por la falta de información y dificultad del procedimiento para las víctimas.

No obstante la falta de transparencia, se ha podido conseguir información sobre las ayudas otorgadas gracias a la colaboración del departamento de Derecho Procesal Penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Los datos revelan que el número máximo de ayudas otorgadas por gastos terapéuticos en un año alcanzó la cifra de 25 en el año 2006. Asimismo, en un estudio llevado a cabo por una asociación de víctimas en ese mismo año, se muestra que los gastos incurridos por el Ministerio distan mucho de los inicialmente presupuestados.

Así, es evidente que la ley no muestra una incidencia práctica eficaz de cara a compensar económicamente a estas víctimas tan vulnerables cuando las mismas no perciben la indemnización por parte del condenado por el delito. El hecho de no poder percibir una compensación, sumado a revivir los hechos a través del procedimiento penal, puede influir de manera determinante en su victimización secundaria.

De este modo se puede concluir que, si bien es cierto que las víctimas de esta tipología delictiva necesitan apoyo psicológico y reconciliación más que una compensación económica, la realidad refleja que la ley no es eficaz en términos monetarios y no cumple con la finalidad por la que fue promulgada.

Por otro lado, la mencionada ley crea y regula la asistencia y atención que dispensan las Oficinas de asistencia a las víctimas. Recientemente, las mismas han sido objeto de una regulación más extensiva en el Estatuto de la víctima del delito y se las ha dotado de mayores funciones y competencias.

Al igual que ocurre con la normativa de las ayudas económicas, la regulación en materia de oficinas es muy amplia y exhaustiva. No obstante, la dotación presupuestaria no es tan extensa ni todas las oficinas están gestionadas bajo el mismo criterio. En efecto, en ciertos supuestos las competencias están transferidas a Comunidades Autónomas y se observan dos claros modelos de gestión de las mismas: el modelo multidisciplinar y el modelo unipersonal.

Se puede observar que las Comunidades Autónomas que tienen instaurado el modelo multidisciplinar avanzan hacia una mayor y mejor asistencia y atención a las víctimas, frente a aquellas que se han quedado atrasadas tanto en personal profesional como en atribución presupuestaria y, en términos generales, están gestionadas bajo el modelo unipersonal.

En el mismo sentido, se critica fundamentalmente por parte de la Fiscalía la falta de coordinación entre operadores jurídicos y el necesario reconocimiento a las labores que la misma efectúa –junto con Jueces, Magistrados y demás funcionarios públicos– en materia de asistencia a víctimas.

Queda por ver si, a raíz de la extensiva regulación recientemente incluida tanto en el Estatuto de la víctima del delito como en el Real Decreto que lo desarrolla, mejora el servicio de asistencia y apoyo a las víctimas de delitos contra la libertad sexual. Aun así, lo que es indiscutible es que para que dicho servicio pueda progresar, se necesita destinar una mayor dotación presupuestaria por parte del Gobierno central y de los Gobiernos autonómicos competentes en la materia.

Por último, se analiza el creciente protagonismo de los mecanismos de Justicia Restaurativa, y en particular, de la mediación en estas tipologías delictivas.

En los últimos tiempos, tanto a nivel internacional como a nivel comunitario, han ido surgiendo iniciativas, recomendaciones y proyectos con el fin de insertar, de manera compatible con la justicia penal tradicional, estos mecanismos que buscan, ante todo, la reparación de la víctima en un sentido amplio.

Entre sus singularidades destacan la búsqueda de la responsabilización y concienciación del infractor; la pacificación y disminución de la conflictividad social; y la reparación moral y psicológica de la víctima. Específicamente, da visibilidad al conflicto delictivo que se encuentra encubierto bajo el tipo penal y dota de una perspectiva más humana al proceso en su conjunto.

Si bien es cierto que, aunque ha habido dos conatos de regulación procesal de mediación en España que, finalmente, no han resultado fructuosos, la falta de normativa aplicable no ha sido un obstáculo para la puesta en marcha de proyectos de Justicia Restaurativa y mediación a largo y ancho del país.

En un primer momento, la decisión de someter un conflicto relativo a delitos contra la libertad sexual puede producir rechazo por las partes, la sociedad e, incluso, por la doctrina. No obstante, no existe prohibición legal alguna que deniegue su sumisión a mediación y, en consecuencia, es decisión y responsabilidad de las partes resolver su conflicto mediante este instrumento de Justicia Restaurativa.

Así, cuando concurre voluntariedad de las partes, responsabilización por parte del infractor y se estima beneficioso someter a mediación el conflicto delictivo por parte del mediador, el resultado puede ser fructuoso y regenerador tanto para la víctima como para el infractor. De hecho, el Consejo General del Poder Judicial, en su Guía

de Mediación Intrajudicial, estima que se trata de un instrumento eficaz en los delitos contra la libertad sexual y, tanto a nivel internacional como nacional, se pueden encontrar experiencias esperanzadoras y revitalizantes de cara a la reparación efectiva de la víctima.

Por ello, se erige como indispensable que el legislador finalmente adopte un instrumento normativo procesal que dé sustento y genere el engranaje necesario para dar legitimidad a las experiencias de mediación en España. De este modo, la víctima de un delito contra la libertad sexual podrá disponer de la opción real de enfrentar y superar el conflicto delictivo, además de pasar página y liberarse de la carga psicológica que los instrumentos de reparación económicos no son capaces de satisfacer.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cárceles, MM. “Víctimas de agresión y abuso sexual”, en: Aguilar Cárceles, MM. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. 1º edición. Madrid: Dykinson; 2011. p. 573-613.
- Amor, PJ, Echeburúa, E, Carrasco, MA. “Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”. *Actualidad penal*. 2016; nº 28: p. 437-488
- Blázquez Peinado, MD. “La Directiva 2012/29/UE, ¿un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la unión europea?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2013; nº 46: p. 897-933
- Castro, ME, López-Castedo, A, Sueiro, E. “Síntomatología asociada a agresores sexuales en prisión”. *Anales de Psicología*. 2009; vol. 25, nº 1: p. 44-51.
- Cerezo Mir, J. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2002; 2ª Época, nº10: 47-72.
- Cidoncha Romero, D. “La mediación: parte integral de la asistencia a víctimas de violencia sexual”. *Revista de Mediación*. 2012; nº 10. p. 19-26.
- Cruz Parra, J A. *La mediación penal. Problemática y soluciones*. 1º Edición. Granada: AutopublicaciónLibros.com; 2013.
- Cuadrado Salinas, C. La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal? *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015; núm. 17-01: p. 1-25.
- Echeburúa, E; De Corral, P; Amor, PJ. “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”. *Psicothema*. 2002; vol. 14: p. 139-146.
- Etxeberria Guridi, JF. “Bases para la mediación penal en España”. XVII Congreso de Estudios Vascos: *Gizarte aurrerapen iraunkorrerako berrikuntza*. 2012: P. 1879 – 1895.
- Fernández Fernández, S, Cordero Sánchez, JM, Córdoba Largo, A, Cordero, JM. *Estadística descriptiva*. Madrid: ESIC Editorial; 2002.

- García Rodríguez, MJ. “Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo”. *Wolters Kluwer: CISS*. 2014; 85: p. 41 – 52.
- García Rodríguez, MJ. “Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el Sistema de Justicia Penal”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2015; nº 2174:
- García Rodríguez, MJ. “Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de los delitos”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2005; nº 1980-81.
- Jiménez García, J. “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. *Eguzkilore*. 2009, nº 10: 317-331
- Gutiérrez-Alvz y Conradi, F. “Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima”. *Revista del Poder Judicial*. 1990, nº 18: pp. 82 y ss.
- Herrera Moreno, M. *La hora de la víctima (Compendio de Victimología)*. 1º Edición. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S.A.; 1996.
- Landrove Díaz, G. “Las víctimas ante el derecho español”. *Estudios Penales y Criminológicos*. 2012; vol. XXI: p. 168-207.
- Landrove Díaz, G. *La moderna Victimología*. 1º Edición. Valencia; Tirant lo Blanch: 1998.
- Manes, V. “La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2007; núm. 09-07: p. 07:1-07:20.
- Manrique Cabrero, JC. “Estudio de la normativa de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. año; número 1891: pp. 7-19
- Martín Martín, Q, Cabero Morán, MT, de Paz Santana YR. *Tratamiento estadístico de datos con SPSS*. Madrid: Thomson Editores Spain; 2007.
- Martín Ríos, MP. *Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*. 1º edición. Barcelona: Atelier; 2012.
- Martínez Jiménez, J. *Derecho Procesal Penal*. 1ª edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya); 2015.
- Moreno Catena, V, Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Civil*. 8º edición. Valencia: Tirant lo Blanch; 2015.
- Moreno Catena, V, Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch; 2015.
- Muñoz Conde, F. *Derecho Penal: Parte Especial*. 20ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch; 2015.
- Ordeñana Gezuraga, I. “El Estatuto Jurídico de la Víctima en el derecho jurisdiccional penal español”. *Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública*; 2014.

- Pérez Machío, A I. “Asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas. La legislación en vigor. Programas de asistencia, compensación, auxilio y protección de las víctimas de maltrato infantil”. *Fundación Asmoz, Universidad del País Vasco*. 2011; volumen 5.1.1.
- Rodríguez Puerta, M J. “Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en: Baca Baldomero, E, Echeburúa Odriozola, E, Tamarit Sumalla, J M. *Manual de Victimología*. 1º edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch; 2006.
- Ruesta Botella, ML. *La ejecutoria penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.; 2008.
- Scheaffer, RL, Mendenhall, W, Ott, L. *Elementos de muestreo*. Madrid: Editorial Paraninfo; 2006.
- Soletto Muñoz, H. “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, en Garcíandía González, Soletto Muñoz, H. *Sobre la mediación penal*. Navarra: Aranzadi; 2012. p. 53 y ss.
- Soria Verde, MA, Hernández Sánchez, JA. *El agresor y la víctima*. Barcelona: Marcombo; 1994.
- Villacampa Estiarte, C. “La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención”, en: Tamarit Sumalla. *Víctimas Olvidadas*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2010.
- Villameriel Presencio, LP. “Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual: la Ley 35/1995, de 11 de diciembre”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 1996; número 1769: pp. 5-23.
- Waller, I. *Rights for Victims of Crime: Rebalancing Justice*. Maryland: Rowman & littlefield Publishers, inc; 2011.

Documentos institucionales

- Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal. Ministerio de Justicia, Gobierno de España. 2011.
- Anuario Estadístico del Ministerio de Interior 2015, Gobierno de España. 2015.
- Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia. Ministerio de Justicia. 2002.
- Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual.
- Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la prestación de asistencia psicológica y apoyo a las víctimas en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Portal de Transparencia. 2016.
- Guía de Mediación Intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial. 2016.

- Handbook of Restorative Justice. United Nations Office on Drugs and Crime. Vienna; 2006.
- Handbook on justice for victims on the use and application of the Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power (UNODC, 1999).
- Informe del Consejo Fiscal sobre Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de las oficinas de asistencia a las víctimas y se implementan otras medidas en desarrollo del estatuto jurídico de la víctima del delito. Consejo Fiscal, Fiscalía General del Estado. 2015.
- Memoria de la Audiencia Provincial de Madrid. Comunidad de Madrid. 2015.
- Memoria presentada al inicio del año judicial por Fiscalía General del Estado. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2016.
- Memoria elevada al Gobierno de S.M. Fiscalía General del Estado. 2016.
- Protocolo de actuación coordinada de los organismos competentes en materia de agresiones sexuales – Partido Judicial de Madrid Capital. Área de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid. 2010.
- Proyecto de Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia, Gobierno de España. 2013.

Webgrafía

- Ayllón Camacho, J.L. Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos. 2006. Disponible en: <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/gp2008n286a1.pdf>
- Clases Pasivas. Ministerio de Hacienda y Función Pública, Gobierno de España. Disponible en: <http://www.clasespasivas.sepg.pap.minhafp.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/EstadisticasInformes/Paginas/EstadisticasInformes.aspx>
- El Gobierno vasco atendió a 2.674 víctimas de delitos, 1.142 de violencia machista. Diario El Mundo. Abril de 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/04/05/5703b310ca474123558b4661.html>
- Programa Sycamore Tree. Disponible en: <http://restorativejustice.org/we-do/sycamore-tree-project/>
- Estadística del Padrón Continuo. Datos provisionales a 1 de enero de 2016: Población (españoles/extranjeros) por edad (año a año) y sexo. Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p04/provi/10/&file=00000002.px>
- Estadística de Condenados Adultos en 2015 por delitos elaborada por el INE a partir de la información procedente del Registro Central de Penados, cuya titularidad pertenece al Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/>

García Rodríguez, MJ. “La importancia de los servicios de asistencia a las víctimas en la Administración de Justicia para minimizar el riesgo de su doble victimización en el proceso de violencia de género”. *III Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres: Proyecto Integral Andaluz de Seguridad y Protección a Víctimas de Violencia de Género*. 2012. Disponible en:

<http://www.violenciageneroasistenciavictimas.es/index.php/lineas-de-actuacion/congreso-vg/iii-congreso/articulos-cientifico-tecnicos/144-la-importancia-de-los-servicios-de-asistencia-a-las-victimas-en-la-administracion-de-justicia-para-minimizar-el-riesgo-de-su-doble-victimizacion-en-el-proceso-de-violencia-de-genero6>

'How I got an apology from my abuser'. Centre for Justice and Reconciliation. Disponible en: <http://restorativejustice.org/about-us/stories/how-i-got-an-apology-from-my-abuser/8/>

La UC3M cuenta con un Servicio de Mediación Intrajudicial único en España. Cadenas: abril de 2016. Disponible en: http://cadenaser.com/emisora/2016/04/25/ser_madrid_sur/1461591312_550132.html

Mediación Intrajudicial - Años 2009-2015. Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>

La justicia dato a dato: año 2015. Estadística Judicial. Consejo General del Poder Judicial. p. 89-95. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>

Mediación Intrajudicial - Años 2009-2015. Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>

Ocrospoma Pella, E. *La reparación penal*. Derecho. 2002. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2002/09/15/la-reparacion-penal/>

Oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra libertad sexual. Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/oficinas-asistencia-victimas>

Rendon J. Mediación entre víctima y ofensor. Mediate.com. Disponible en: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm

Restorative justice: 'How I got an apology from my abuser'. BBC News. October 2015. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/uk-34571936>

Rubio Eire, JV. “Las dilaciones indebidas en el procedimiento penal. Un estudio desde el punto de vista del reo y de la víctima del delito”. *El Derecho*. 2014. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/procedimiento_penal-reo-victima-delito_11_635680001.html

Servicio de Asistencia a la Víctima (SAV). Departamento de Empleo y Servicios Sociales, Gobierno Vasco. Disponible en:

http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.eus/r45-19243/es/contenidos/informacion/sav/es_sav/sav.html

Victims' experience with expectations and perceptions of Restorative Justice: A critical review of the literature. Policy Centre for Victim Issues, International Centre for Comparative Criminology. 2002: p. 32-35. Disponible en: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rr01_9/rr01_9.pdf

Capítulo XI

LA VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS E INMIGRACIÓN ILEGAL

Eduardo Sagra González

1. LA VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

En ésta parte del proyecto explicaremos en primer lugar diferentes factores que influyen como causa del fenómeno, siendo a continuación más específicos en el perfil de la víctima de este delito con fines de explotación sexual, para entender los motivos que ha tenido la legislación para emprender ese camino hacia la perspectiva de la víctima.

1.1. Factores que influyen en el fenómeno de la trata de seres humanos

Entre las causas que producen éste fenómeno, encontraremos una gran variedad de factores, estando en la mayoría de los casos relacionados con la pobreza y la desigualdad. Entre ellos, podemos mencionar los factores como la desigualdad en la distribución de la riqueza entre los países del Norte y Sur, el desempleo y la extrema pobreza en los países de procedencia de las víctimas¹ y otros factores de carácter no económico, como situaciones post-conflicto bélico, incrementos demográficos o catástrofes naturales²

Los factores mencionados estimulan la migración internacional, y tal como indica GARCÍA ARÁN estos factores favorecen a la creación de un mercado negro de la migración, que tiene como objetivo favorecer el movimiento de personas de países menos desarrollados a otros más desarrollados³. En ésta situación se indica que se dan las condiciones perfectas para que aparezcan mafias que se dediquen al tráfico de personas, que tendrán como objetivo burlar los controles fronterizos, pero en muchas ocasiones éstas mafias, aprovechando la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se

¹ SERRA CRISTOBAL R, LLORÍA GARCÍA P, LOPEZ GUERRA L. La trata sexual de mujeres. Madrid: Ministerio de Justicia; 2007. Pp: 34-35

² BALES K. La nueva esclavitud en la economía global. Madrid: Siglo Veintiuno de España. Editores; 2000.

³ GARCÍA ARÁN M, QUINTERO OLIVARES G. Trata de personas y explotación sexual. Granada: Editorial Comares; 2006.

encuentra el migrante, realizarán la explotación de éste para su propio beneficio, por lo que podremos hablar de la aparición del fenómeno de la trata de seres humanos.⁴

Observamos entonces que la migración clandestina y la trata de seres humanos, comparten las causas, al estar íntimamente relacionados con el desplazamiento de personas y todo lo que la provoca⁵, pero que se deben tratar como dos realidades distintas en la teoría, y en las que no se puede olvidar que el inmigrante es la víctima de ambas situaciones, y por ello debe darse una intervención de manera integral, combinando represión y prevención, protección y asistencia a las víctimas.⁶

En relación a los factores que producen este fenómeno, se debe tener en cuenta que afectan con una diferente intensidad dependiendo del sexo de las víctimas. Esto se debe a que las mujeres son las que se encuentran en una situación de mayor desigualdad respecto a los factores que hemos expuesto anteriormente, teniendo una situación de desventaja en el aspecto económico y social en la mayor parte del mundo. Por ejemplo, en el ámbito laboral, parte de una gran desventaja a nivel global, muchas veces sin reconocer su actividad como trabajo, y respecto al ámbito migratorio oficial, suelen estar mucho más restringido para las personas de éste género.⁷ Esto se verá reflejado en que las mujeres son las más afectadas en determinados tipos de explotación, como veremos reflejados en el perfil de la víctima en otros apartados.

1.2. El delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración ilegal

En el apartado anterior hemos visto la conexión entre los fenómenos de la trata de seres humanos y la inmigración ilegal, por ello en éste apartado trataremos de diferenciar claramente ambos fenómenos.

En primer lugar, atendiendo a la definición que encontramos en el Art.3 del Protocolo de Palermo, que ratificó España en el año 2003, podremos entender la trata de seres humanos como *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”*

⁴ BALES K. La nueva esclavitud en la economía global... ob cit, pag: 7

⁵ PÉREZ ALONSO E, MAYOR ZARAGOZA F, ZUGALDIA ESPINAR J. Tráfico de personas e inmigración clandestina. 1st ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2008.

⁶ GARCÍA ARÁN M, QUINTERO OLIVARES G. Trata de personas y explotación sexual. Granada: Editorial Comares; 2006.

⁷ *Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos.* 2011. pp: 21-22 Recuperado: http://www.acnur.es/PDF/directivatratasereshumanosacnur_baja_20121218163652.pdf

En el delito de trata por lo tanto podemos identificar como elementos principales, el acto de coacción y/o engaño, abusando de la situación de vulnerabilidad de la víctima, para obtener el fin de explotación de esa persona, incluyendo entre estos fines la explotación de la prostitución ajena, la explotación sexual, el trabajo forzoso, la esclavitud o prácticas análogas y la extracción de órganos⁸.

Atendiendo a las diferencias entre ambos delitos, en el delito del tráfico ilícito de migrantes, podemos hablar de un consentimiento por parte del migrante del tráfico, en cambio en la trata de seres humanos, no podemos hablar de consentimiento, o si se da, pierde su valor por elemento de coacción o engaño que hemos señalado.

También se puede indicar que en la trata de seres humanos, aparece el elemento del fin de explotación que tiene el delito en sí, en cambio en el tráfico ilícito de migrantes acaba cuando el migrante llega al destino por lo que el delincuente no buscará ningún tipo de explotación sobre la víctima.

Un aspecto no menos importante, es la necesidad del cruce de fronteras como elemento necesario para que se dé el delito de tráfico ilícito de migrantes, en cambio en la trata de seres humanos, no es necesario que se dé ningún cruce de fronteras, simplemente es necesario el acto de captar, transportar, trasladar de un lugar a otro.⁹

Al tratarse de dos fenómenos distintos, también se debe indicar que afectan a bienes jurídicos protegidos distintos, así lo señalo la reforma del CP mediante la LO 5/2010 en su exposición de motivos, por la que se tipificaba el delito de la trata de seres humanos de manera separada en el Art.177 bis. En ésta reforma se indicaba que los bienes jurídicos protegidos que se veían vulnerados en la trata de seres humanos, eran individuales, como la libertad y la dignidad, siendo un ataque directo a la integridad moral de la víctima, al convertir al susodicho en una mera mercancía sin su consentimiento, además de atacar a los derechos que vulnera el tratante dependiendo de la explotación que ejerza, ya sea los derechos de los trabajadores, la libertad sexual, la integridad o salud física. En cambio, en el caso del delito de tráfico ilegal de migrantes debemos indicar que el bien jurídico protegido son los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.¹⁰

Hasta la citada reforma ambos fenómenos no eran diferenciados de manera correcta en la legislación, aspecto que dificultaba la erradicación del fenómeno la protección y asistencia debida que le corresponde a la víctima, siendo esta diferenciación en la legislación uno de los grandes avances que se han realizado en ésta materia, promovido por el cambio de enfoque hacía la víctima de las teorías penales que hablamos al principio.

⁸ *Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos.* ob,cit: pag-35

⁹ UNODC, *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes* (2017). Recuperado de: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>

¹⁰ MAROS NUÑEZ, J.A (2012) El delito de trata de seres humanos: análisis del Artículo 177 bis del Código Penal *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII. pag: 4

1.3. El perfil de las víctimas del delito de trata

Para comenzar con el análisis del perfil de la víctima debemos conocer la realidad y el alcance que tiene ésta lacra social, como justifica GARCÍA PABLOS al mencionar “la necesidad de construir una Política criminal sobre bases criminológicas; porque si se quiere luchar eficazmente contra el delito, hay que conocerlo”¹¹ pero para conocer tal realidad tenderemos varios problemas que mencionamos a continuación.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que estamos ante una actividad clandestina y esto va a dificultar este acercamiento, por la dificultad que supone la recopilación de los datos en estos casos. A éste problema hay que sumarle, el problema ya mencionado, de que muchas veces se relaciona con la migración clandestina, y es difícil diferenciarlos de manera adecuada, añadiéndole a esto, que al tratarse de un problema global, cada país tiene una forma diferente de legislar acerca de este problema, por lo que no existe una definición homogénea a la hora de recopilar datos, respecto a este punto se debe destacar que la protección mediante la tipificación del delito es de un 90% de los países del mundo, aunque según el estudio de la UNODC se llega a contar que 2.000 millones de personas carecen de protección mediante el Protocolo contra la Trata de Personas.¹²

Otro problema que podemos señalar, es la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas, ya sea por el miedo a las represalias de los tratantes o por la situación de irregularidad en la que se encuentren en el país, provocará que muchas de ellas no denuncien la situación, obstaculizando así la recopilación de datos.¹³

Por lo que podemos deducir que nos enfrentamos a un problema más grave al que se nos indica en los datos oficiales.

Teniendo en cuenta estas deficiencias, vamos a intentar acercarnos a la realidad del problema mediante el informe más representativo que está disponible. Por ello, para realizar nuestro perfil de la víctima, accedemos a uno de los informes que realiza cada año la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC).

1.3.1. El perfil de la víctima en el mundo

A continuación siguiendo el informe más reciente del UNODC¹⁴, el del año 2016, realizaremos una aproximación del perfil de la víctima, centrándonos en primer lugar

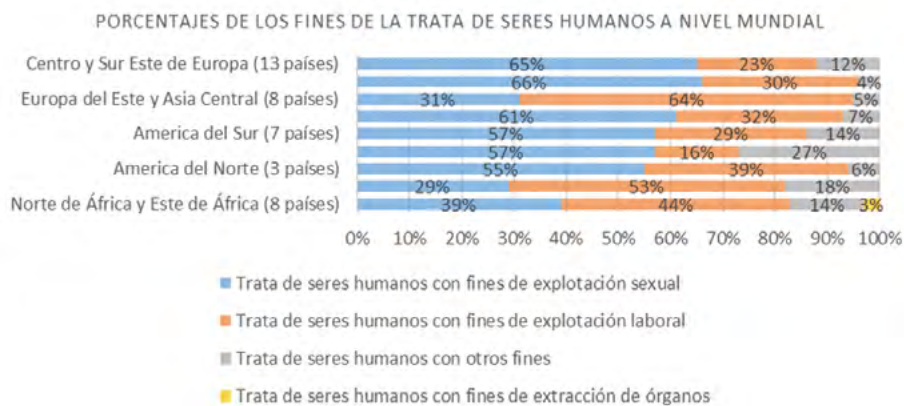
¹¹ GARCÍA-PABLOS, A. Derecho penal. Introducción. Madrid; 1995

¹² SERRA CRISTOBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P. La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima; ob.cit: pag: 129

¹³ Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. pp: 33 Recuperado de: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

¹⁴ Global Report in trafficking in persons UNODC; 2016. Todos los gráficos de este apartado son obtenidos a partir de dicho informe. pp: 23-47 Recuperado de: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/global/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

en los porcentajes de los fines de la trata de seres humanos, observando que la tendencia mayoritaria es la explotación sexual, obteniendo los máximos en las zonas europeas.



*Datos obtenidos del Global Report in trafficking in persons (2016)

Un dato preocupante según el informe de la UNODC, es que en primer lugar la mujer sigue siendo el perfil mayoritario en la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, representando un 51%, y las niñas un 20% en el año 2014, y en segundo lugar que el porcentaje de mujeres víctimas del delito de trata de seres humanos ha ido disminuyendo a lo largo de los años a favor del crecimiento del porcentaje de niñas identificadas como víctimas pasando de un 10% a comienzos del 2004 hasta un 20% a finales del año 2014, como se puede observar en el siguiente gráfico.



*Datos obtenidos del Global Report in trafficking in persons (2016)

Dependiendo de la finalidad de la trata de seres humanos, podremos observar que variará el perfil en cuanto al sexo, obteniendo que en el tráfico para explotación sexual

se da una mayoría aplastante del sexo femenino sobre el masculino, siendo ésta tendencia la contraria en otros fines como el del tráfico de órganos o el de trabajo forzado. Por lo que nos podemos referir a la trata como un fenómeno que dependerá del género de las víctimas, ya que las mujeres y los hombres son objeto de trata con fines diversos.¹⁵



*Datos obtenidos del Global Report in trafficking in persons (2016).

Otro aspecto a destacar es la situación clandestina de la migración de las víctimas de la mayoría de las víctimas, siendo mayor el porcentaje de víctimas de carácter no nacional, representando un 66% de víctimas frente a un 31% de víctimas de carácter nacional. En este apartado es importante señalar que a nivel mundial, la mayoría de los delitos de trata de personas es de carácter nacional o regional y son cometidos por personas de la misma nacionalidad que las víctimas. No ocurre así en Europa, lugar de destino de muchas de las víctimas. El mayor número de víctimas de trata detectadas en Europa procede de Rumanía, Bulgaria, China y Nigeria¹⁶

Con estos resultados, se ha decidido que el resto del trabajo se centrará en las víctimas del delito de trata con fines de explotación sexual, al ser en primer lugar el mayoritario en números de víctimas y en segundo lugar al obtener el perfil de la víctima más vulnerable, al tratarse en primer lugar de mujeres, con una tendencia creciente de menores de edad, y en segundo lugar con víctimas en su mayoría en una situación irregular o clandestina por su lugar de procedencia.

¹⁵ Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos. ob,cit: pp: 32-33.

¹⁶ Informe de la trata de seres humanos en España. Víctimas invisibles. Defensor del pueblo. Madrid;2012 pag: 105 Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.pdf>

1.3.2. *El perfil de la víctima de la trata de personas con fines de explotación sexual en España*

Para conocer los datos sobre el perfil de la víctima de la trata de personas para explotación sexual en nuestro país utilizamos los datos recogidos por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) Ministerio del Interior desde el año 2012 hasta el año 2016, presentándose la siguiente situación.

Lo primero de todo, es que el número de víctimas del delito de explotación sexual es bastante superior al delito de trata para explotación sexual, con 3.607 víctimas frente a 823 víctimas.¹⁷ Para comprender mejor este apartado tenemos que indicar que se trata de delitos diferentes, ya que la trata de personas se refiere al proceso de captación, transporte, traslado, acogimiento, recibimiento o alojamiento, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima con fines de explotación sexual. Por otra parte, la explotación sexual también es un delito, pero no tiene todos los elementos necesarios para ser considerado trata de personas.¹⁸

Los datos más preocupantes que presenta los datos del CITCO son los que hacen referencia a las personas en riesgo de trata de personas con un total de 23.846 personas, en el que un poco más de la mitad, un 52% son para la explotación sexual.

Si atendemos a la nacionalidad de la procedencia de las víctimas, podemos observar que la mayoría son de Rumanía, con un 32%. En este punto debemos recordar que uno de los elementos esenciales de la trata es el transporte o el traslado, y en este caso la eliminación de las fronteras internas y la libre circulación de personas en el espacio territorial europeo, ha facilitado este aspecto, en el que las víctimas buscando mejores situaciones económicas viajan a nuestro país, siendo víctimas de éste tipo de delitos en muchos casos. El segundo país de procedencia es Nigeria con un 27%, seguido de República Dominicana con un 5%, Brasil con otro 5%, Bulgaria con un 4% y Paraguay con otro 4%.¹⁹

Ateniendo a la edad de las víctimas, vemos que la mayoría con un porcentaje del 21% son víctimas en la franja de edad entre 26 y 30 años, ambos incluidos, seguido de las franjas de edad entre 21 y 25 y 31-35, ambas franjas con un 17%, también se debe mencionar que el porcentaje de los menores es de un 5% que es la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres.²⁰

¹⁷ EL PAÍS, Análisis de los damnificados por la explotación sexual y laboral en España. Diario El País, 17 de abril de 2017. Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2017/04/13/media/1492099905_421474.html?rel=mas

¹⁸ *Informe de la trata de seres humanos en España. Víctimas invisibles.* (2012) Defensor del pueblo. Madrid. ob,cit: pag: 90

¹⁹ *Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual* (2015-2018) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/plan-ContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

²⁰ EL PAÍS (17/03/2017) Análisis de los damnificados por la explotación sexual y laboral en España Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2017/04/13/media/1492099905_421474.html?rel=mas

2. LA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Una vez expuesto el perfil de la víctima de éste tipo de delito, se realizará una pequeña presentación de las medidas adoptadas en la legislación internacional y nacional en referencia a la víctima, para poder observar el cambio de enfoque hacía la víctima, presentando sus mayores aciertos y defectos.

2.1. Marco normativo internacional

En este apartado nombraremos los principales tratados internacionales que han regulado el delito de trata de seres humanos para hacer frente a este problema desde la perspectiva de la víctima. Queremos mencionar estos instrumentos porque fueron los que supusieron una novedad a la hora de tratar con éste fenómeno desde la perspectiva de la víctima, ya que no solo se buscaba con ellos la persecución o prevención del delito, sino que también se daba por primera vez atención a la víctima, mencionando por lo tanto en ellos las medidas necesarias de asistencia y protección de la víctima.

En primer lugar, debemos mencionar el principal instrumento internacional, el conocido como Protocolo de Palermo, o Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, siendo éste ratificado por España en el año 2002. Este protocolo nos trajo la definición del delito de trata de seres humanos que hemos utilizado anteriormente y supuso por primera el enfoque en la víctima, sin dedicarse de manera exclusiva en los aspectos represivos y de prevención.

En el ámbito europeo, en el año 2009 España ratificó otro instrumento esencial, el Convenio 197 del Consejo de Europa, conocido como el Convenio de Varsovia, en el que se garantizaba a las víctimas de la trata determinados derechos esenciales relacionados con el derecho procesal, siendo más específicos, derechos relacionados con la seguridad de la víctima y sus familiares durante el proceso.

El aspecto esencial que supuso este instrumento fue convertir como fin principal la garantía de los derechos de las víctimas y la protección de ésta al considerar que el éste delito suponía una clara vulneración de los derechos humanos.

Los dos instrumentos mencionados supusieron que en España se actualizase nuestro ordenamiento a las previsiones indicadas para asegurar la protección de la víctima y la garantía de sus derechos, por lo que cuando el tercer instrumento esencial, ésta vez relacionados con la asistencia y representación legal gratuita, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 vio la luz, se transpuso la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, por el que las víctimas obtenían un catálogo de derechos procesales y extraprocesales que analizaremos más adelante.

2.2. El marco normativo nacional en relación con la protección y asistencia de la víctima

Debido a la ratificación de los diferentes instrumentos internacionales mencionados en el apartado anterior, la legislación española realizó grandes avances en el ámbito de la persecución del delito, en el que podemos destacar la ya mencionada tipificación del delito en el Art.177 bis del CP, mediante la Ley Orgánica 5/2010, por el que por primera vez se consideraba como víctima a las personas que sufrían éste delito. Sin embargo, en este apartado nos centraremos en los avances en referencia a la asistencia y protección de las víctimas de este delito.

Uno de los primeros avances fue en relación a las víctimas de éste delito de nacionalidad no española que se encontraban en una situación irregular, por ello procederemos a continuación a un análisis de la LO 2/2009 que supuso una reforma en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Entre los aspectos a mencionar de la citada reforma, fue la dedicación expresa a las víctimas del delito de trata de personas mediante la incorporación del Art.59.1 bis, y la introducción de aspectos novedosos como la posibilidad de las víctimas de acceder a una autorización de residencia y trabajo, ya fuese por circunstancias excepcionales, o por la cooperación con las autoridades policiales y/o judiciales para los fines de investigación o de las acciones penales, como en atención a su situación personal.²¹ Esto se debe al abandono de la confusión de los fenómenos de la trata de seres humanos y la migración ilegal. Con el artículo mencionado, la víctima de estos delitos dejaba de verse como un inmigrante ilegal y obtenía los derechos que realmente merecía, al tratarse de una víctima, introduciéndose el periodo de reflexión para que la víctima pudiese tomar la decisión de colaborar con las autoridades sin tener que verse influenciado o cohibido por el tratante, obteniendo durante este periodo de reflexión la asistencia debida y sin poder ser sancionada por la situación de irregularidad en la que se encontrase, ya que se reconoce a la víctima como tal, como un individuo que no es culpable de la situación en la que se encuentra, obteniendo de tal modo la estancia temporal en nuestro país.

Aun así, con el gran paso que supuso esta ley, se encuentran varios problemas que debemos destacar. En primer lugar, en relación con el permiso de reflexión, establecido en 90 días, se puede deducir que puede ser tiempo insuficiente para que las víctimas puedan escapar de esa influencia o temor a las represalias, y así queda reflejado en el siguiente gráfico de la Secretaria de Estado de Seguridad, con un gran número de rechazos en el ofrecimiento de este periodo.

²¹ Informe de la red española contra la trata de personas para la coordinadora europea de lucha contra la trata (2015) pp:21-23 Recuperado de: <http://www.ecpatpain.org/imagenes/tablaContenidos05sub/Informe%20de%20RECTP%20%20para%20Coordinadora%20Europea%20Marzo%202015.pdf>



*Datos obtenidos del Global Report in trafficking in persons (2016)

Para solventar este problema podríamos escuchar la propuesta del Defensor del Pueblo, en el que indica que para que sea efectivo este periodo de restablecimiento y reflexión, se debería dividir en dos fases. Una primera fase en el que la víctima consiga sentirse segura, recuperarse física y psicológicamente de todo el sufrimiento padecido y, sólo cuando esta primera fase ha culminado con éxito y siempre con el debido acompañamiento y asesoramiento de una entidad especializada, podrá enfrentarse a esa segunda fase del procedimiento en la que habrá de ser debidamente informada de la posibilidad de cooperar con las autoridades competentes.²²

En relación con las concesiones de las autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, podemos encontrar los siguientes datos obtenidos del Plan integral de lucha contra la trata, en el que se concedieron 12 autorizaciones en el año 2013 por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad social, en atención a su situación personal y 11 autorizaciones en 2014. Respecto a las autorizaciones concedidas por la Secretaría de Estado, en base a la colaboración con la investigación, fueron de 20 autorizaciones en 2013 y 20 en 2014.²³

Después de observar en estos datos, observamos un número bajo de concesiones, por lo que se deduce un segundo problema en la práctica de la aplicación de esta ley, y la razón la podemos encontrar en la legislación, al no darse una buena definición de criterios para la concesión de los permisos mencionados. En la legislación no existen unos criterios claros para que se concedan o no los permisos mencionados en el Art. 59.bis de LODYLE, provocando que las víctimas no sepan a qué atenerse, por lo que la solución

²² Informe de la trata de seres humanos en España. Víctimas invisibles. Defensor del pueblo. Madrid; 2012. ob,cit: 100-102

²³ Plan Integral de lucha contra la Trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Ob,cit: Pag: 43

a este problema sea una definición clara y concisa de tales criterios para conceder o no, los permisos de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a víctimas de trata, ya sea por su colaboración o por su situación personal.²⁴

Si continuamos el análisis de nuestra normativa nacional en relación con la asistencia de la víctima, en éste caso sin tener en cuenta su nacionalidad, debemos mencionar un instrumento esencial que fue el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de trata de seres humanos derivado de la regulación de la Ley de Extranjería, como respuesta al Convenio de Varsovia que indicaba las medidas mínimas de asistencia a las víctimas en su Art.12.

El mencionado protocolo, como se indica en su primer artículo, se estableció con el objetivo de *“establecer pautas de para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, favorecer la coordinación de las instituciones implicadas en dichos procesos y definir los mecanismos de relación entre las administraciones con responsabilidades en la materia, así como los procesos de comunicación y cooperación con organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de las mismas”*.

Es decir, este Protocolo nació con el objetivo de cumplir todo lo mencionado en relación a la asistencia que mencionaba el Convenio de Varsovia, para ello da una especial importancia a la identificación de las víctimas, ya que sin ella no podemos hablar de un posible acceso a la asistencia o protección exigida por el Convenio.

Este protocolo responde a la necesidad de una adecuada identificación de las víctimas estableciendo el modo de actuar ante cualquier posible víctima de éste delito, también mediante un mecanismo de cooperación entre las instituciones implicadas en la asistencia de la víctima, permitiendo la participación de instituciones gubernamentales y organizaciones privadas reconociendo también las ONG's especializadas en la asistencia de este tipo de víctimas. Esta cooperación también se veía beneficiada por el ámbito de aplicación de dicho protocolo ya que su aplicación se extendía a todo el territorio español, lo que también suponía un gran avance en cuanto a la armonización de la protección y asistencia de las víctimas, y también aplicándose a todo tipo de víctimas de éste delito que se encuentren entre nuestras fronteras, sin tener en cuenta su nacionalidad o situación administrativa. Por lo que podemos destacar también es que su aplicación tiene una visión amplia en relación con los tipos de explotación del delito de trata, no reduciéndose a un único tipo de explotación.

Siguiendo con este análisis, podemos encontrar puntos a mejorar, como que no se reduzca la responsabilidad de identificar a las víctimas a un único actor, siendo los poseedores de ésta responsabilidad las unidades policiales. El defecto se encuentra

²⁴ Informe de la trata de seres humanos en España. Víctimas invisibles. (2012) Defensor del pueblo. Ob, cit: pag 102

en que las unidades policiales también son las encargadas de realizar otras labores que pueden generar distorsiones, ya que también se ocupan de las investigaciones judiciales y policiales. Por lo que una buena solución sería ampliar ésta participación a organizaciones especializadas en éste aspecto, ya no solo por la posible distorsión mencionada, si no que muchas veces las víctimas tienen reticencias de acudir a las autoridades policiales, por lo que la participación de organizaciones especializadas podría mejorar la identificación de las víctimas, y en consecuencia mejorar su posterior acceso a una asistencia.

A la hora de centrarnos de manera más específica en el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, también se debe señalar el Protocolo para la detección y actuación ante posibles casos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, aprobado por la Secretaria General de Inmigración y Emigración, que tiene como objetivo la asistencia de las víctimas de este tipo de explotación, siendo este protocolo dirigido a los centros que están relacionados con el (SGIE), incluidas las ONGs.²⁵

Otra ley que supuso un avance en relación a los derechos de la víctima durante el proceso en relación con la asistencia jurídica gratuita fue el Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de tasas en ámbito de la Administración de justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, lo que ha permitido que las víctimas de este delito, sin tener en cuenta los recursos que tengan, tengan derecho a la asistencia jurídica en todo tipo de procesos que deriven de este delito.

En último lugar debemos hablar, de la ley que supone el catálogo de derechos procesales y extraprocesales, para garantizar de forma específica dichos derechos a las víctimas y sus familiares de los delitos que se encuentren en el CP, incluyendo las medidas necesarias para la protección de víctimas tan vulnerables como las de éste delito²⁶, siendo ésta la Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito y desarrollado en su real decreto 1109/2015, que tienen como objetivo transponer las Directivas de 2012/29/UE, la de 2010/64/UE y la de 2012/13/UE.

Tal como se indica en el informe de la ONG ACCEM, este Estatuto supuso que las víctimas tuviesen reconocidas un estatuto jurídico, mediante un catálogo de derechos comunes a todas las víctimas, procesales y extraprocesales.²⁷

Este estatuto establece un sistema de medidas de protección específicas en las fases de investigación y de enjuiciamiento con las que se busca evitar una segunda victimización que se extremarán en los casos de las víctimas más vulnerables entre las que se encuentran las víctimas del delito a analizar. Entre las medidas de evitar esta segunda

²⁵ Plan Integral de lucha contra la Trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Ob,cit: Pag:28

²⁶ Los derechos reconocidos por el Estatuto de la Víctima del Delito (21/12/2016) ACCEM Recuperado de: <http://www.accem.es/es/los-derechos-reconocidos-por-el-estatuto-de-lavictima-del-delito-a2167>

²⁷ Los derechos reconocidos por el Estatuto de la Víctima del Delito (21/12/2016) ACCEM.

victimización podemos hablar del régimen asistencial y jurídico basado en un trato especializado.²⁸ Para conseguirlo se deberá realizar mediante un trato individualizado de la víctima.

Otro importante instrumento ha sido el segundo Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Explotación Sexual 2015-2018, llenando el vacío que había dejado la finalización del primer plan de los años 2009-2012.

De este plan los avances más significativos también han sido en materia de identificación y protección de las víctimas, entre lo que podemos destacar una elaboración de directrices para la correcta identificación de las víctimas del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y una serie de medidas que ponen el foco en las víctimas menores de edad para asegurar su seguridad.

Uno de los mayores defectos que podemos encontrar en este plan, es que como se puede deducir ya de su título, solo se centra en los fines de explotación sexual, por lo que el compromiso de abordar la violación de derechos humanos de una forma integral, tratando de luchar contra todas las formas del delito no se trataría en este plan.²⁹

En referencia a la asistencia de la víctima, exigida por la Directiva 2011/36, la cual se centra de manera total en la víctima, parece ser que España ha respondido a ella mediante la creación de las Oficinas de asistencia a las víctimas, mediante la Ley 35/1995 y regulada por el Real Decreto 1109/2015, que también supuso la creación del Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, que tiene como objetivo asegurar los derechos de las víctimas y reciban la asistencia debida, lo cual es una respuesta bastante pobre en cuanto a la asistencia exigida por la Directiva 2011/36, quedando un largo camino por recorrer en relación a éste aspecto.

2.3. Una posible ley integral para la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas.

Después de haber hecho un breve análisis de la legislación española en relación con la protección y asistencia de las víctimas, debemos señalar que después de la transposición de la Directiva 2011/36/UE, diferentes colectivos y asociaciones, grupos de fiscales y magistrados, señalan como una oportunidad perdida la transposición de dicha directiva al no crear una ley integral que permita luchar de una manera más completa

²⁸ El nuevo Estatuto de la Víctima del Delito reforzará los derechos y garantías procesales de todas las víctimas. Ministerio del Interior. 2014. Recuperado de: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias//asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2306716

²⁹ Balance en la lucha contra la trata: Avance significativos, pero parciales. 2015. Proyecto Esperanza. Recuperado de: <http://www.proyectoesperanza.org/balance-en-la-lucha-contra-latrata-avances-significativos-pero-parciales>

y unificada contra el delito de trata en todas sus formas, por ejemplo tal como indicó la Red Española contra la trata de personas o como también se indicó en el informe de la Subcomisión del Congreso para el Análisis y Estudio de la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual.

La creación de una ley integral también permitirá abordar las carencias de la dispersa legislación actual entre las que podemos destacar:

En primer lugar, partiendo de la situación que hemos podido observar en que el delito de trata afecta de manera diferente en función del sexo, lo más adecuado sería poseer una legislación que identificase tales diferencias y respondiese adaptándose a ellas, tal como indica la recomendación de la Directiva 2011/36/UE, en la que se refería a la necesidad de que la trata se debe afrontar desde una perspectiva de género y de los menores de edad.

Esta ayuda específica en términos de género no está presente en nuestra legislación actual, siendo una Ley Integral una buena oportunidad para adoptar la perspectiva de género necesaria para afrontar éste problema.

En segundo lugar, a pesar de que este trabajo ha estado centrado en la trata con fines de explotación sexual, este fenómeno es mucho más amplio y puede tener otros fines, como se muestran en los datos obtenidos por el CITCO, indicando que se han dado 159 víctimas desde el 2015 en el delito de trata para explotación laboral, y hay 11.427 personas en riesgo por trata y explotación laboral. La tendencia en España hasta el momento, ha sido centrarse en la explotación sexual, como se puede observar en las medidas de protección y asistencia de las víctimas, olvidándose de los otros tipos de explotación. Por lo que una ley integral también sería una buena oportunidad para ampliar la asistencia de la víctima a todo tipo de víctimas relacionadas con el fenómeno de la trata, sin perder la perspectiva del género y la edad a cada situación particular.

Otro aspecto a destacar, es que aunque hemos visto que se ha producido un gran avance en la protección de las víctimas de este delito, destacando los Planes Integrales de Lucha contra la Trata con fines de explotación sexual, estos planes tienen carencias al no tratarse de una ley vinculante, o que aspectos como su estabilidad temporal o su estabilidad presupuestaria dependerán del aspecto político del gobierno, por lo que una ley vinculante solventaría dichos problemas, aportando el respaldo jurídico debido.

Mediante la supuesta Ley Integral se podría solventar los diferentes problemas de coordinación entre todos los personajes que intervienen en la lucha contra el delito que hemos mencionados anteriormente, y evitaría la dispersión legislativa mediante una armonización de mínimos en las Comunidades Autónomas.

Por último, enumeramos otros aspectos que supondría la ley integral como mejores en las herramientas de control y de evaluación por parte de las administraciones, y supondría otros aspectos como el debate público, aportando la debida sensibilización sobre el asunto, así como el debate político que supondría.

3. DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE TRATA

En el delito de la trata de personas la víctima es receptora de un gran número de daños, entre los que podemos los daños físicos producidos directamente por la violencia o la coacción necesaria para que se dé el delito o los daños psicológicos derivados del estrés emocional producido por el delito entre los que puede destacar; la depresión, intento de suicidio, ansiedad, desórdenes de estrés postraumático, disociación o abuso de sustancias tóxicas³⁰. Por ello debe de existir el adecuado sistema por el cuál las víctimas puedan acceder a la reparación debida mediante el acceso a un sistema de acciones legales.

De esta manera a lo largo de los años se han ido dando diferentes respuestas a este hecho.

En primer lugar, el Protocolo de Palermo I respondió mediante su Art. 6.6 que:

“Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos”

Más tarde en el año 2005, el Convenio del Consejo de Europa sobre lucha contra la trata de seres humanos en su Art. 15 se pronunciaba de manera similar, añadiendo otros puntos esenciales para que la indemnización se diese de manera eficaz como la mención del derecho al acceso a la información en un idioma comprensible para que la víctima pueda acceder a los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes, como el derecho a la asistencia de un defensor y a una asistencia jurídica gratuita.

Por último, se debe mencionar otro instrumento internacional en el que también se reconocía el derecho de reparación e indemnización de la víctima, la Directiva 2012/29 UE.

Una vez mencionado los instrumentos internacionales, se presentará como la legislación española ha sabido cumplir con este derecho de la víctima.

En primer lugar, en el ordenamiento español una víctima del delito de trata tiene la posibilidad de ejercer la acción civil ya sea en el proceso penal como en el proceso civil, gracias a la responsabilidad civil derivada del delito, de la que hemos hablado en la primera parte de nuestro proyecto.

En el caso de este delito, el tipo de resarcimiento que se puede derivar de él es la indemnización por perjuicios morales provocados por el tratante, entre los que se puede incluir todo el padecimiento físico y el sufrimiento en general que le ha producido la explotación a la que haya sido sometida.

Esta acción se interpone ante el tratante, pero se debe tener en cuenta, que en muchas ocasiones éste puede ser insolvente, o que la víctima haya sido identificada pero el

³⁰ MARCOS L, Explotación sexual y trata de mujeres. Madrid: Top Printer Plus; 2010. Pag:127

explotador no. Este tipo de situaciones ha provocado que la legislación española diese respuesta con un sistema público de indemnizaciones, para que la indemnización de la víctima quedase garantizada.

Ésta respuesta a estas posibles situaciones fue mediante la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual de carácter doloso, y no solo a delitos de terrorismo como se había dado hasta el momento respondiendo a la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización de las víctimas de los delitos, después de haber sido modificada por el Real Decreto 199/2006 de 17 de febrero.

La ley que sigue el camino que había establecido la Directiva mencionada, estableciendo un sistema de ayudas públicas con un problema destacable para el delito de trata de seres humanos, ya que entre los requisitos que se establecían para que la víctima directa o indirecta accediese a éste tipo de ayuda, debe ser española o nacional de otro Estado miembro de la UE o residente habitual en España, como se indica en el Art.2 de la ley. El problema que podemos observar está relacionado con el gran número de víctimas de este tipo de delito que quedaría fuera de este tipo de ayuda pública³¹, ya que un gran número de víctimas no son de nacionalidad española o de nacionalidad de un país miembro de la Unión, como hemos observado en el perfil de la víctima. Tampoco podrían acceder a éste tipo de ayuda otras muchas víctimas en situación irregular administrativa, ya que para considerarse como residente habitual es necesario unas autorizaciones administrativas que en la mayoría de los casos, las víctimas carecen de ellas, por la situación de irregularidad mencionada.

Analizando éste tipo de ayudas, acudiendo a lo señalado en el Art.5 de la mencionada ley, es observamos su carácter subsidiario en relación con la indemnización por los daños causados por el delito. Éste carácter subsidiario se debe a que la ley define como incompatibles ambas posibilidades de reparación, es decir, la ayuda pública solo se entregará en el caso que la víctima no haya sido reparada por el agresor mediante el instrumento de la responsabilidad civil derivada del delito, ya sea porque el tratante haya sido declarado insolvente total o parcial, o no se pueda dar con él, estableciéndose como límite de la ayuda la cuantía que se dicta en la resolución judicial en referencia a la responsabilidad civil derivada del delito.

Continuando con el análisis debemos señalar otra limitación de la ley que puede afectar a las víctimas del delito de trata. Ésta limitación la encontramos en el Art.1, ya que entre los requisitos para poder acceder a este tipo de ayudas, debe de ser un delito cometido con violencia y dolo, aunque a esto se le debe añadir que también tendrán acceso a ésta ayuda *“las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia”*

³¹ SERRA CRISTOBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P. La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima. Madrid: Ministerio de Justicia; 2017

Relacionando estos requisitos con el delito de trata de seres humanos podemos llegar a la conclusión que no siempre se da una comisión violenta, ya que muchas veces el engaño es la manera de explotar a las víctimas, por lo que todas las víctimas que hayan sido engañadas para ser objeto de la trata no tendrían derecho a éste tipo de ayuda. Si lo relacionamos con el fin de la explotación sexual, se debe mencionar que en éste tipo de explotación el factor de la violencia está casi siempre presente, por el que éste tipo de víctimas cumplirán con éste requisito en la mayoría de los casos.

Continuando con lo mencionado en el Art.1, no debemos confundir el delito de trata de seres humanos con un delito contra la libertad sexual, por lo que tampoco podrían acceder a la ayuda si intentásemos aplicar tal precepto.

Aunque en los casos en los que el delito tenga como fin la explotación sexual, podrá verse relacionados con delitos relativos a la prostitución por lo que sí que tiene cabida a la percepción de ésta ayuda, por lo que podrán acceder a ella, aunque no haya sido cometido por medios violentos, teniendo cabida las víctimas fruto del engaño.

Una propuesta interesante para asegurar la reparación de las víctimas de éste delito se encuentra en el primer Plan Integral contra la trata de seres humanos. Ésta propuesta consiste en la creación de un fondo de bienes decomisados procedentes de la trata de seres humanos para poder responder en este tipo de casos de insolvencia mediante las medidas legislativas oportunas que facilite el embargo y el decomiso de sus bienes³², esto se encuentra justificado ante los elevados beneficios que genera este tipo de delito, estimados en 31.600 millones de euros anuales por la Organización Internacional del Trabajo.³³ Además de la creación del fondo de bienes decomisados, el primer Plan Integral contra la trata de seres humanos también incluía otros tipos de acciones, como la reforma de la LECrim para la ampliación de las medidas cautelares en relación con este delito y una modificación del CP para extender

El Informe de la Red Española contra la trata de personas en relación a éste aspecto mencionaba que si se quería asegurar la reparación de las víctimas una vez que el tratante sea condenado, se debería realizar un mayor esfuerzo y destinación de recursos en las investigaciones policiales y judiciales en relación con relación al dinero y patrimonio de los tratantes.³⁴

La legislación ha dado una respuesta a esta recomendación por medio de la última reforma del Código Penal, en la que se incluía el Art.127 bis, lo que ha supuesto en relación con el decomiso de bienes, efectos y ganancias de los condenados de delitos de trata de seres humanos cuando se prevea que tales bienes provienen de la actividad ilícitas.

³² Plan Integral contra la trata de seres humanos. (2008-2012).). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Recuperado de: http://www.aulaviolenciadegeneroenlocal.es/consejoscolares/archivos/Plan_integral_contr_a_trata_serres_humanos.pdf

³³ Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016). Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0286>

³⁴ Informe de la red española contra la trata de personas para la coordinadora europea de lucha contra la trata. Ob,cit: Pág: 24

CONCLUSIONES

La tendencia novedosa que han sufrido las teorías penales redirigiéndose hacia un enfoque sobre la víctima, ha permitido que dos fenómenos muy relacionados en sus causas, como el delito de trata de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes, hayan sido diferenciados de una manera precisa en la teoría penal, permitiéndose que las víctimas reciban la asistencia y protección debida, que anteriormente al no diferenciarse en la teoría no podían recibir.

El acercamiento a la realidad del fenómeno de la trata de seres humanos mediante datos supone un auténtico desafío, al tratarse de una actividad clandestina en el que las víctimas las mayorías de las veces no proceden a denunciar su situación, por el miedo tanto a represalias de los captores como del propio estado por su situación de irregularidad administrativa en muchos de los casos. Esto se debe unir al problema de que se trata de un fenómeno global que carece de una normativa homogénea para su identificación, dificultando así el análisis de la realidad, tratándose de un fenómeno en el que hay muchas más víctimas que las que reflejan en los datos oficiales. Por ello, un avance que se debe realizar es una mejora en obtención de datos tanto a nivel internacional como nacional por las organizaciones competentes para poder afrontar el fenómeno de la manera adecuada y realista.

El delito de trata de seres humanos tiene como principal fin de explotación, la explotación sexual en las zonas más desarrolladas del planeta, incluida España, siendo el sexo femenino y cada vez con una mayor presencia de menores, las principales víctimas de éste delito. A esto se debe añadir que la trata, sigue teniendo una gran presencia de personas que han traspasado fronteras y que se encuentran en una situación irregular administrativa. Siendo éste un perfil de la víctima altamente vulnerable. Por ello, por el tipo de perfil especialmente vulnerable de la víctima, éste fenómeno debe ser enfrentado desde la perspectiva de la víctima, al suponer una vulneración de los derechos humanos, por lo que se tendrá que tener en cuenta la especial situación de cada víctima (sexo, edad)

En la legislación española se han producido grandes avances en la protección de las víctimas del delito que tratamos, gracias a las trasposiciones de los instrumentos europeos, entre las que destacamos la incorporación del Art.59 bis en la LO 4/2000, por el que la víctima extranjera en situación irregular obtenía una serie de derechos, a destacar el período de reflexión, en el que recibía el oportuno trato como víctima. Aunque por los datos obtenidos, este periodo de reflexión parece ser demasiado corto para conseguir su objetivo, por el que parece adecuado que sea dividido en las fases necesarias, para que la víctima pueda recuperarse primero adecuadamente para que más tarde no tenga problemas en cooperar con las autoridades judiciales y policiales. También presentando unos datos bastante pobres en referencia al número de concesiones de residencia y trabajo, ya que en la legislación actual se da una pobre definición de los criterios a los que atenerse.

En referencia a las víctimas de éste delito, sin tener en cuenta su nacionalidad, cobra especial importancia las medidas de identificación de las víctimas, ya que será ésta la que asegure la debida asistencia posterior. Por ello, instrumentos como el Plan Integral de Lucha de 2015 y 2018 y el Protocolo Marco de Protección de Víctimas, cobran una especial importancia, debiéndose de ampliar la posibilidad de la labor de identificación a organizaciones que no tengan que ser autorizaciones policiales, para así evitar distorsiones o victimización secundaria y facilitar un acercamiento hacia la identificación de las víctimas.

Una posible ley integral para la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas, parece poder solucionar varios problemas en nuestra presente legislación, como la dispersión de las normas a las que deben acudir las víctimas para su protección y su asistencia, solucionar la ausencia de una perspectiva de género y de edad, ampliar la protección de las víctimas a otros tipos de fines de explotación de la trata, y por supuesto se trataría de una ley y como tal tendría las ventajas que posee una ley y de las que carece el actual Plan Integral.

A pesar que la legislación española ha sabido responder de manera adecuada al derecho de la reparación de la víctima, en éste tipo de delito se presenta el problema de que en muchos casos, el tratante es insolvente o no se puede dar con él, por lo que la solución que se da a éste problema la encontramos en el sistema público de indemnizaciones de la Ley 35/1995. Aunque ésta ley presenta determinados problemas en relación con el tipo de perfil de la víctima típico de nuestro delito y los requisitos de acceso a la ayuda pública. Por ello hemos querido presentar otros tipos de soluciones, en las que destaca la creación de un fondo de bienes decomisados procedentes de la trata de seres humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- BALES, K. La nueva esclavitud en la economía global. Madrid: Siglo Veintiuno de España. Editores; 2000.
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. GOBIERNO VASCO. Las Víctimas en el proceso penal. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco; 2000.
- GARCÍA-PABLOS, A. Derecho penal. Introducción. Madrid; 1995
- MARCOS L, Explotación sexual y trata de mujeres. Madrid: Top Printer Plus; 2010
- MAROS NUÑEZ, J.A EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL *Estudios Penales y Crimológicos*, vol. XXXII. 2012
- PÉREZ ALONSO E, MAYOR ZARAGOZA F, ZUGALDIA ESPINAR J. Tráfico de personas e inmigración clandestina. 1st ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2008.

SERRA CRISTOBAL R, LLORÍA GARCÍA P, LOPEZ GUERRA L. La trata sexual de mujeres. Madrid: Ministerio de Justicia; 2007.

Recursos electrónicos

Balance en la lucha contra la trata: Avance significativos, pero parciales. 2015. Proyecto Esperanza. Recuperado de: <http://www.proyectoesperanza.org/balance-en-la-lucha-contra-la-trata-avances-significativospero-parciales>

Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos; 2011. Recuperado de: http://www.acnur.es/PDF/directivatratasereshumanosacnur_baja_20121218163652.pdf

El nuevo Estatuto de la Víctima del Delito reforzará los derechos y garantías procesales de todas las víctimas. Ministerio del Interior. 2014. Recuperado de: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias//asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/2306716

EL PAÍS, Análisis de los damnificados por la explotación sexual y laboral en España. Diario El País, 17 de abril de 2017. Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2017/04/13/media/1492099905_421474.html?rel=mas

Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016). Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0286>

Global Report in trafficking in persons UNODC; 2016. Todos los gráficos de este apartado son obtenidos a partir de dicho informe. Recuperado de: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

Informe de la red española contra la trata de personas para la coordinadora europea de lucha contra la trata. 2015. Recuperado de: <http://www.ecpat-spain.org/imagenes/tablaContenidos05sub/Informe%20de%20RECTP%20%20para%20Coordinadora%20Europea%20Marzo%202015.pdf>

Informe de la trata de seres humanos en España. Víctimas invisibles. Defensor del pueblo. Madrid; 2012. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.pdf>

Los derechos reconocidos por el Estatuto de la Víctima del Delito (21/12/2016) ACCEM. Recuperado de: <http://www.accem.es/es/los-derechos-reconocidos-por-el-estatuto-de-la-victima-del-delito-a2167>

Plan Integral contra la trata de seres humanos. (2008-2012). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Recuperado de: http://www.aulaviolenciadegeneroenlocal.es/consejos Escolares/archivos/Plan_integral_contr_a_trata_seres_humanos.pdf

Plan Integral de lucha contra la Trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Recuperado de: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. UNODC. 2017. Recuperado de: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>

Capítulo XII

LA REPARACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO

Marina García-Navas Gómez

1. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género se define, tal y como establece el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹, como aquella violencia que “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, es ejercida sobre las mismas “por parte de quiénes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Es decir, supone una forma de violencia específica en la que la víctima es la mujer².

Sin embargo, el contenido que el concepto engloba es más complejo al aunar conductas delictivas comunes y que se ven agravadas por la condición tanto de agresor, como de víctima, y que desarrollaremos a lo largo del estudio.

La violencia de género supone un problema de carácter público, no una mera conducta que afecte exclusivamente al ámbito privado. Constituye una de las muestra de desigualdad más claras que existen en nuestra sociedad. Es una violencia que se dirige hacia la mujer por el mero hecho de ser mujer y por considerar sus agresores que la misma carece de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión inherentes a cualquier ser humano³.

Como consecuencia de ello, se deriva una regulación tanto nacional, como internacional que, al margen del mayor o menor éxito de la misma, trata de atajar este fenómeno. La propia Constitución española en su artículo 15 reconoce a todos el derecho a la vida y a la integridad física y moral “sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos

¹ En adelante LOVG.

² Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Definiciones. Portal de Violencia de Género. Recuperado de <http://violenciadegenero.carm.es/definiciones/>

³ Exposición de Motivos I. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Además, son dichos derechos los que vinculan a los poderes del Estado en virtud del artículo 9.2 de la Constitución⁴ a la adopción de medidas que aseguren la efectividad de los mismos.

Por lo que respecta al plano internacional, organismos como Naciones Unidas reconocieron también el problema que suponía la violencia de género para la sociedad en la IV Conferencia Mundial de 1995.

Así, el concepto de violencia de género se trata de un concepto moderno y cuyo origen, como se observará a continuación, se remonta tan sólo unas décadas atrás.

1.1. Evolución histórica del concepto de violencia de género en el Derecho español

Los antecedentes a la regulación actual sobre violencia de género constituyen una muestra de la ardua tarea que ha supuesto la integración del concepto en nuestro Derecho y en la sociedad.

El artículo 428 del CP español recogió hasta 1962 un precepto que castigaba con la pena de destierro “al marido que sorprendido en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena”.

Éste es solo uno de los múltiples ejemplos que se podían encontrar en nuestro Derecho y que suponen en palabras de MUÑOZ CONDE, “la consagración legislativa de un derecho al uso monopolístico de la sexualidad de la esposa protegido jurídicamente hasta prácticamente permitir el asesinato de la mujer adulta”, por un lado y, por el otro, el tratamiento de manera privilegiada al marido.

La evolución en materia de malos tratos y violencia física en el ámbito familiar, comenzó a partir de la reforma del anterior CP en 1989, la cual introdujo una previsión de manera específica para castigarlos en su Título de lesiones⁵. Tras ello, se han realizado más modificaciones legales, convirtiéndose en uno de los ámbitos con mayor número de reformas incluso después de la aprobación del CP de 1995, el cual no modificó el régimen punitivo aprobado en la anterior modificación de 1989 respecto de la violencia de género.

De esta manera, en los últimos años en España, se han llevado a cabo algunos avances legislativos en materia de violencia de género. Ya la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre,

⁴ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁵ Muñoz Conde, F. (2010). Delitos contra la integridad moral. En *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 179-211.

del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica incluyen importantes modificaciones al respecto⁶, aunque fue en la primera de ellas donde se produjo el cambio más drástico de los tipos delictivos de violencia de género en opinión de MUÑOZ CONDE⁷.

De igual modo, se produjo una modificación sustancial con la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la cual se modificaba el artículo 153 del CP, introduciendo la violencia psíquica como uno de los tipos incluidos en el maltrato.

Pero no solo el Estado se han encargado de regular en materia de violencia de género, sino que también diversas Comunidades Autónomas han aprobado leyes dentro de sus competencias. Su regulación ha ido más allá del ámbito penal, puesto que además han tenido en cuenta aspectos civiles, sociales o educativos dentro de su propia normativa.

Hasta 2010, eran diez las Comunidades Autónomas que contaban una legislación propia en materia de violencia de género⁸. Pero en la actualidad, la mayoría de ellas cuenta con legislación autonómica específica en cuanto a prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, salvo Comunidad Valenciana y País Vasco⁹. Sin embargo, todas sí poseen leyes de igualdad entre hombre y mujeres. Algunos ejemplos de ello son la Ley 5/2001, del 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección de las mujeres maltratadas de Castilla La Mancha (la más antigua) o la Ley Foral para actuar contra la violencia hacia las mujeres, de 26 marzo de 2015 (la más reciente).

En general, la legislación española ha pretendido hacer efectivas las recomendaciones de los organismos internacionales con el objetivo, tal y como así destaca en su exposición de motivos la LOVG, de “proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres”.

De este modo, cabe destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General, las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de

⁶ Exposición de Motivos II. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁷ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial..., ob., cit., pp. 179-211.

⁸ Ramos Vázquez, J.A. (2010). Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica. En *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares, pp. 119-152.

⁹ Balance Ley Integral CCAA. *Actuaciones de las comunidades autónomas en cumplimiento de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (Aprobado en la Conferencia Sectorial de Igualdad de 22 de abril de 2015)*. Recuperado de <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/seguimientoEvaluacion/pdf/BalanceLeyIntegralCCAA para web.pdf>

salud pública proclamada en 1996 por la OMS, el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997, y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Asimismo, la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha venido fijando la posición y estrategia de los países de la Unión Europea al respecto.

1.2. La violencia de género en el Código Penal. El artículo 173.2

Como se ha podido observar, diversas modificaciones legales nos llevan hasta la regulación actual recogida en nuestro CP. En especial, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, mencionada anteriormente, introdujo una serie de modificaciones que se mantuvieron en sus líneas esenciales en la reforma posterior del 2004¹⁰:

- En lo que a lesiones se refiere, las faltas de lesiones, es decir, aquellas lesiones que requiriendo una primera asistencia facultativa, no requieran de un tratamiento médico o quirúrgico, se convertirán en delito cuando la acción se realice sobre alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del código punitivo¹¹.
- Los delitos de amenazas y coacción leves, se convertirán siempre en delito cuando se dirijan a la mujer vinculada al agresor¹². Asimismo, en el caso de los demás sujetos indicados en el artículo 173.2 del CP, la amenaza leve se convierte en delito si ésta se llevó a cabo con algún tipo de arma.
- Respecto del artículo 173.2 ya mencionado, la reforma estableció que se convirtiera en delito contra la integridad moral el ejercicio tanto de la violencia física, como de la violencia psíquica introduciendo el concepto de habitualidad para ello; la habitualidad supone el elemento diferenciador entre las conductas de lesiones o “maltrato ocasional” del artículo 153 del CP y entre los delitos de tortura y contra la integridad moral o “maltrato habitual” del artículo 173.2 CP, en palabras de BENÍTEZ JIMÉNEZ¹³.

¹⁰ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial..., ob., cit., pp. 179-211.

¹¹ Artículo 153 del Código penal.

¹² Artículos 171.4, 171.5, 171.6 y 172.2 del Código penal.

¹³ Benítez Jiménez, M.J. (2008). Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal. En Villacampa Estiarte, C. (Coord.) *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 163-216.

Qué debemos entender por habitual en cuanto a dichas acciones, nos lo dice el propio CP en su artículo 173.3. Así, “para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Por otro lado, el artículo 173.2 del CP esclarece las personas a las que se remiten el resto de artículos; dichas personas no son más que el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad aun cuando no haya existido o exista convivencia entre los mismos. Si bien el artículo recoge más tipos de personas sobre las que el ejercicio de violencia física o psíquica constituye una agravación de los tipos delictivos mencionados, en ningún momento se menciona literalmente a la mujer como sujeto pasivo. Como veremos posteriormente, ello motivó la reforma del 2004, entre otros aspectos.

La violencia de género se vertebra, por tanto, en torno a una serie de conductas delictivas que por la cualidad de la víctima se transforman en los llamados delitos de violencia de género aunque algunos autores lo consideren una mera cualificación del tipo¹⁴ como ocurre con la reconversión de la falta de lesiones en delito o la cualificación por la cualidad de la víctima en el artículo 148 del CP en su apartado cuarto.

Ahora bien, ¿cuál es el bien jurídico protegido en esta clase de delitos? Hemos recogido las distintas modificaciones que se han llevado en esta materia y que afectan a delitos contra la salud, del Título III del Libro II del CP, delitos contra la libertad (amenazas y coacciones) de los capítulos II y III, del Título IV y delitos contra la integridad moral recogidos en el mencionado artículo 173.2 del CP.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia desarrollaron teorías sobre el bien jurídico protegido hasta que, mediante la Ley Orgánica 11/2003, se incluyó en el Título VII, del Libro II del Código penal (“de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”), dando así, en opinión de BENÍTEZ JIMÉNEZ¹⁵, a dichas conductas un bien jurídico protegido concreto y en consonancia con los comportamientos que se regulaban en él.

Anteriormente a dicha reforma, las posiciones doctrinales consideraban que el bien jurídico protegido en la violencia habitual era la salud, del mismo modo que lo es en las lesiones¹⁶; de hecho tal y como indica BENÍTEZ JIMÉNEZ y como ya se ha comentado, la Ley Orgánica 1/2004, incorporó el delito cualificación de lesiones cuando la víctima fuera o hubiera sido pareja del agresor.

¹⁴ Muñoz Conde, F. (2010). Delitos contra la salud y la integridad corporal. En *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 101-134.

¹⁵ Benítez Jiménez, M.J. Violencia de género..., ob., cit., pp. 163-216.

¹⁶ Carracedo Bullido, R. (1999). En *Familia y violencia: enfoque jurídico*. Madrid: Dykinson, p. 107; Cuadrado Ruiz, M.A. / Requejo, C. (2000). El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código penal. *La Ley*, (4), pp. 1560 y ss.

Otros doctrinarios se inclinaron más por apreciar que el bien jurídico protegido tenía un carácter mixto al tutelar tanto la salud como la convivencia de manera pacífica en el seno familiar¹⁷; tantos otros, defendieron el carácter “pluriofensivo” del delito¹⁸ con la idea de la defensa de las relaciones familiares pero a medida que se llevaban a cabo reformas, las líneas de investigación más actuales atribuían a la dignidad¹⁹; dicha tesis tuvo que ser matizada en tanto que el artículo 10 de nuestra Constitución aprecia como base de todos los bienes jurídicos individuales la dignidad humana.

Sin embargo, ello abrió las puertas a aquellas aportaciones doctrinales que creían con firmeza que el bien jurídico protegido era la integridad moral²⁰, es decir, el derecho a no ser sometido “tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (artículo 15 CE). En palabras de MUÑOZ CONDE, la integridad moral debe ser entendida “como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas”²¹.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, como indica BENÍTEZ JIMÉNEZ, la misma permitía identificar como atentados contra la integridad moral los malos tratos psíquicos en el ambiente familiar, con agravante de parentesco y cuando existiera un menoscabo grave, antes de la reforma de 1999²². Asimismo, una vez fue incluida como conducta punible la agresión psíquica, encontramos diversos ejemplos como la sentencia de 17 de abril de 2000²³, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se confirmaba el fallo de la sentencia de 1 de enero de 2000, emitida por el Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona y que veía a confirmar que el bien jurídico protegido resultaba ser la integridad moral.

Por último, se ha de recordar que es el propio CP el que recoge en su artículo 172.3 como delito contra la integridad moral la violencia habitual, tanto física como psíqui-

¹⁷ Ruiz Vadillo, E. (1998). Las violencias físicas en el hogar. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (nº 326).

¹⁸ Acale Sánchez, M. (1999). El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar. En López Arminio, M.J. (Coord.) *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*. Jerez de la Frontera, p.84; Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac, J. (1996). En Vives Antón, T.S. (Coord.). *Comentarios al Código penal de 1995. Vol. I*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

¹⁹ López Garrido, D. / García Arán, M. (1996). *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid.

²⁰ Benítez Jiménez, M.J. Violencia de género..., ob., cit., pp. 163-216.

²¹ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial..., ob., cit., pp. 179-211.

²² Siguiendo esa línea contamos con diversas sentencias como, por ejemplo, la del Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia, el cual condenó a nueve meses de privación de libertad por un delito contra la integridad moral, a un hombre que ejerció violencia psíquica sobre su esposa durante más de dos años.

²³ La sentencia nº 500/2000, de 17 de abril dictaminaba lo siguiente: “en todo supuesto de malos tratos entre parejas lo que en realidad se constata es un desprecio a la mujer, a la que se considera inferior al hombre y, por tanto, obligada a someterse a los dictados de éste [...] Lo que se busca con el maltrato es humillar a la mujer, para forzar su voluntad, y conseguir su sometimiento por medio del miedo que nace en la mujer, y ello encaja en lo que se define como violación de la integridad moral”.

ca, mediante “tratos degradantes reiterados”²⁴. También es la propia jurisprudencia la que reafirma dicha idea²⁵. Como indica GIMBERNAT, se han de diferenciar los malos tratos consistentes en simples ataques a la salud, de aquellos otros ataques que implican un desvalor de la integridad moral²⁶.

En relación con lo anterior, es conveniente definir otros aspectos relativos al tipo objetivo de la violencia de género como son la acción típica y los posibles sujetos intervinientes.

- 1) La acción típica: consiste, como contempla el artículo 173.2 del CP, en el ejercicio de violencia física o psíquica, en relación con el influjo o la realización de una acción sobre algo o alguien²⁷. El presente cuadro resumen, recoge las acciones posibles en el ejercicio de dicha violencia; compartiendo opinión con BENÍTEZ JIMÉNEZ, si bien pueden existir malos tratos psíquicos independientemente de cualquier lesión física, la violencia física lleva de manera inherente un maltrato psicológico, por lo que hablaremos de malos tratos psicofísicos y psíquicos.

Malos tratos psicofísicos	Malos tratos psíquicos
Violencia corporal	Violencia psíquica
Violencia sexual (artículos 178 y 179 CP)	Abuso sexual (artículos 182 y ss. CP)

Si bien la vertiente de la violencia sexual dentro del ámbito en el que nos encontramos no es identificable en nuestro CP, debemos recordar que la propia Ley 1/2004 (LOVG), se refiere en su artículo 1.3 a las agresiones sexuales, incluyéndolas dentro de los actos comprendidos dentro de la violencia de género²⁸.

²⁴ Benítez Jiménez, M.J. Violencia de género..., ob., cit., pp. 163-216.

²⁵ Sentencia nº 63/2005 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª), de 12 de abril, rememorando la Sentencia del Tribunal Supremo nº 932/2003 de 27 de junio, por la que reconoce que el mencionado artículo del CP contempla una situación de agresión continuada que no afecta únicamente a la integridad física.

²⁶ Gimbernat Ordeig, E. En *Prólogo a la décima edición del Código penal de 1995*. Tecnos.

²⁷ La Real Academia de la Lengua Española contempla diversas acepciones para este verbo siendo la tercera acepción la correcta dentro del contexto al que nos referimos: “1. tr. Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. U. t. c. intr. 2. tr. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud. 3. tr. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc. 4. intr. Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición”.

²⁸ El artículo 1.3 Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género indica explícitamente que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Por lo que se refiere a la violencia psíquica, se trata de la violencia ejercida contra la psiquis de la víctima, ya sea de manera directa o indirectamente como consecuencia de una agresión anterior²⁹. Este tipo de violencia no coincide ni con la intimidación³⁰, ni con el trato degradante, en la medida en que éste último implica incidentes corporales y psíquicos³¹.

- 2) Los sujetos de la acción delictiva. La Ley Orgánica 11/2003 modificó el artículo 173.2 del CP, incluyendo de esta manera en el mismo los sujetos pasivos de la acción. Así, en cuanto a violencia de género se refiere, dicho artículo dice así: “el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, es decir, se incluyendo las relaciones conyugales o análogas (las relaciones de noviazgo, por ejemplo) y ex conyugales o ex sentimentales. Posteriormente, trataremos los aspectos más importantes del sujeto pasivo³².

Por lo que respecta al tipo subjetivo en la violencia de género, sería exigible únicamente el dolo (incluido el dolo eventual y quedando excluida la comisión por imprudencia en todo caso) en opinión de BENÍTEZ JIMÉNEZ aunque podemos encontrar posturas contrarias, en las que además los autores considerarían exigible la habitualidad³³.

Al igual que en el resto de tipos delictivos, el dolo deberá comprender el conocimiento de todos los elementos que conforman el tipo objetivo.

1.3. La relación entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica

La violencia habitual en la que se incurre al infringir el artículo 173.2 del CP, puede ejercerse sobre los diferentes sujetos pasivos enumerados en él, a saber:

²⁹ Benítez Jiménez, M.J. Violencia de género..., ob., cit., pp. 163-216.

³⁰ La sentencia del Tribunal Supremo nº 658/1999 de 3 de mayo establece lo siguiente: “La intimidación no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta según la experiencia general, se encuentre en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión. La intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva- psicológica- de la víctima”.

³¹ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial..., ob., cit., pp. 179-211. Así, el autor se refiere como trato degradante a “aquellas acciones que, vayan o no dirigidas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sean realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o humillación. Conductas tales como cortar el pelo al cero u obligar a una persona a desnudarse [...]”.

³² Vid. Epígrafe 2.2. La víctima de violencia de género.

³³ Gracia Martín, L. (1997). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial I*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 453.

- I. Cónyuge, ex cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad con o sin convivencia entre los mismos.
- II. Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
- III. Menores o personas o incapaces que convivan o que se hallen bajo la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente,
- IV. Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.
- V. Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Hasta ahora nos hemos referido solo al primer apartado pero ¿cuál es la relación entre ellos? Para RAMÓN RIBAS, existen grupos diferenciados, de tal manera que la violencia doméstica habitual incluirá los sujetos referidos en los apartados I, II, III y IV³⁴.

Para él, en la medida en la que haya una convivencia efectiva entre los sujetos del apartado a (cónyuges o relación de similar afectividad), se podrá hablar de violencia doméstica; en defecto de dicha convivencia pero existiendo lazos familiares, hablaremos de violencia familiar³⁵.

Así también, el autor indica en la obra referenciada que “el delito de violencia habitual no tiene por qué cometerse en el seno de una familia, pues, por una parte, es posible que ésta ya se haya extinguido (agresiones, por ejemplo, de un ex marido a quien fue su esposa), por otra, que la conducta se produzca entre quienes aún no son familia (una pareja de novios) [...]”. Para él, “la existencia de un núcleo familiar en cuyo seno se produce el ejercicio habitual de violencia no es, por tanto, un requisito del delito que tipifica dicho ejercicio, sino, únicamente una de sus posibilidades”.

En el reducido contexto normativo en el que se mueve el delito de violencia habitual, nos encontramos con la reciente denominación de la violencia de género. En función de lo anterior, podemos deducir que no siempre que se dé la comisión de un delito de violencia habitual del artículo 173.2 del CP (o cualquier otro delito de tipología violenta) podremos hablar de violencia de género puesto que para ello es necesario que, de un lado, los sujetos activos y pasivos cumplan determinados requisitos (ser hombre y mujer respectivamente, así como estar o haber estado unidos por una relación afectiva) y, de otro, que esa violencia sea una manifestación de la discriminación del hombre respecto de la mujer, una muestra de poder del autor sobre la víctima³⁶.

³⁴ Ramón Ribas, E. (2010). Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica. En Ramos Vázquez, J.A. (Coord.) / Souto García, E.M (Coord.) / Puente Aba, L.M (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares, pp. 19-59.

³⁵ Artículos 171.4, 171.5, 171.6 y 172.2 del Código penal.

³⁶ Ramón Ribas, E. La respuesta penal..., ob., cit., pp. 19-59.

De esta manera, y según la opinión de RAMÓN RIBAS, el delito contenido en el artículo 173.2 del CP es un delito potencial de violencia de género, cuyo origen está en la propia violencia si bien es necesario el cumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior; ello implica que la violencia de género conocería otros tipos delictivos diferentes ya que la base se encuentra en la violencia.

Es pues, la violencia de género, la que puede abarcar de forma potencial cualquier delito incluidos los delitos de violencia habitual o doméstica y el maltrato habitual, que conlleva consecuencias no solo penales, sino además civiles y procesales³⁷.

Como se aprecia la relación entre los delitos de violencia doméstica y la violencia de género es tan estrecha que de no existir el concepto de una, no se podría, en mi opinión, entender el concepto de la otra.

2. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como se ha comentado en apartados anteriores³⁸, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre (LOVG), introdujo cambios y novedades pero, sin duda, el más significativo y discutido ha sido la concreción de la mujer como sujeto pasivo específico de la acción delictiva³⁹. Ello supone una diferencia con respecto de los delitos de violencia habitual, ya que ésta no realiza distinciones por motivos de sexo entre autores y víctimas⁴⁰.

Esta regulación es la consecuencia directa de la llamada “discriminación positiva”, presente en distintos ámbitos del Derecho español y que ha sido utilizada en diversas ocasiones por el legislador. Esta discriminación ha sido objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad en el ámbito de la mencionada ley, en contraposición con el artículo 14 de la Constitución española que consagra la igualdad y el derecho a la no discriminación por una serie de motivos, entre los que se encuentra el sexo⁴¹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de dicha norma⁴², por ejemplo, en relación al artículo 153.1 del CP por el cual se agra-

³⁷ Queralt i Jiménez, I. (2006). La respuesta penal de la ley orgánica 1/2004 a la violencia de género (1). En *La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial. p.146.

³⁸ Vid. Epígrafe 2.1.2. La violencia de género en el Código Penal. El artículo 173.2.

³⁹ El artículo 1.1 de la citada ley dice como sigue: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

⁴⁰ Ramón Ribas, E. La respuesta pena..., ob., cit., pp.19-59.

⁴¹ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial..., ob., cit., pp. 179-211.

⁴² Acale Sánchez, M. (2010). Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos constitucionales. En Ramos Vázquez, J.A. (Coord.) / Souto García, E.M (Coord.) / Puente Aba, L.M (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares, pp. 61-117.

va la pena cuando víctima y autor coinciden con los sujetos necesarios en la violencia de género⁴³.

A continuación, analizaremos los aspectos más relevantes relacionados con la mujer como víctima de violencia de género.

2.1. Estatuto de la víctima de violencia de género

Anteriormente⁴⁴, hemos comentado ciertos aspectos de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. La víctima de violencia de género ya poseía una protección bastante amplia y completa con la Ley Orgánica 1/2004, la cual comentaremos más tarde, pero pese a ello, el Estatuto de la víctima de delito también les afecta en los siguientes aspectos⁴⁵ y que ya contempló la Delegación para la Violencia de Género⁴⁶:

- I. Ampliación de su asistencia y protección con el catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de la víctima.
- II. Creación de la figura de la víctima indirecta. No se incluye al cónyuge o a la persona que haya estado unida a la víctima por relación de afectividad similar cuando se trate del responsable de los hechos delictivos.
- III. Garantía de notificación de determinadas resoluciones sin necesidad de solicitud; “las de violencia de género en los casos de la situación penitenciaria o medidas cautelares no, salvo que soliciten que no se les notifique”.
- IV. Consideración de los menores como víctimas, en el ámbito de la violencia de género. El objetivo es garantizar los servicios de asistencia y apoyo y facilitar su recuperación integral reconociendo sus derechos de asistencia.
- V. Participación en la ejecución, aun sin ser parte en el proceso.
- VI. Consideración de las características personales de la víctima, la naturaleza del delito y gravedad de los perjuicios, así como el riesgo de reiteración del delito dentro de las necesidades de protección de la víctima (en especial en violencia de género).
- VII. “La valoración de las necesidades de la víctima corresponderá durante la fase de investigación al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer; y

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo; Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2008, de 3 de junio; Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2008, de 24 de julio, entre otras.

⁴⁴ Vid. Capítulo I. La reparación del daño del daño a la víctima de delito.

⁴⁵ Vidal Pérez de la Ossa, A. (25 de mayo de 2015). El Estatuto de la víctima y la violencia de género. [Blog]. *Editorial Jurídica Sepín*. Recuperado de <http://blog.sepin.es/2015/05/estatuto-de-la-victima-y-violencia-degenero/>

⁴⁶ Delegación de Gobierno para la Violencia de Género. Recuperado de <http://www.sepin.es/visor/default.asp?referencia=SP/NOT/717>

durante la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal a los que correspondiera el conocimiento de la causa”.

- VIII. Refuerzo de la protección de los descendientes de la víctima de violencia de género en el ámbito de la orden de protección al poder el juez (de oficio) pronunciarse sobre la adecuación de la adopción de medidas civiles.

En los siguientes epígrafes, definiremos el Estatuto de la víctima de violencia de género desde la perspectiva legal que nos ofrece la Ley Orgánica 1/2004 (LOVG) en cuanto a derechos, entre otros aspectos relevantes a tener en cuenta.

2.2. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Derechos de la víctima

La Ley Orgánica 1/2004 tiene, como su nombre indica, el objetivo de imponer medidas que protejan a la víctima de violencia de género. De esta manera, no solo indicaremos de qué medidas se tratan, sino también se revelaran aquellos derechos y obligaciones que le pertenecen a la víctima.

1) Medidas de protección.

Las medidas de protección a la víctima de violencia de género son variadas y se pueden clasificar según constituyan medidas penales o medidas civiles. Asimismo, su imposición puede venir de manera independiente o acumulada y/o sucesiva en función de las necesidades del proceso⁴⁷. Las medidas de protección y seguridad de origen penal son las siguientes:

- a) Orden de protección (artículos 62 LOVG y 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁸). Se trata de la resolución judicial en la que, existiendo un peligro o situación de riesgo objetivo para la mujer víctima de violencia de género y un procedimiento ya incoado, el juez puede ordenar (de oficio o a instancia de la víctima o del Ministerio Fiscal) la protección de la misma a través de la adopción de medidas cautelares ya sean de origen civil o penal⁴⁹; el artículo 544 ter.5 lo califica como “estatuto integral de protección de la víctima”, de tal modo que con una sola orden de protección

⁴⁷ Martínez García, E. (2008). La tutela judicial civil y penal. Medidas de protección penales y civiles. En *La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid: Iustel, pp. 165-210.

⁴⁸ En adelante LECrim.

⁴⁹ Artículo 544 ter.1 y 2 LECrim.

podemos encontrar una extensión de medidas cautelares sobre la figura del imputado⁵⁰.

- b) Orden de alejamiento (artículos 64 LOVG y 544 bis LECrim). Esta medida cautelar tiene como objetivo el distanciamiento del agresor respecto de la víctima para proteger a la misma frente a posibles futuras agresiones físicas y psíquicas. El contenido de dicha medida se estructura en torno a las siguientes medidas⁵¹:
 - Interdicción de acercamiento físico a la víctima, así como la prohibición de asistir a determinados lugares como el barrio o el municipio de residencia de la víctima.
 - Salida del domicilio.
 - Suspensión de las comunicaciones con la víctima.
- c) Suspensión de las comunicaciones, salida del domicilio y prohibición de volver al lugar de comisión del delito (artículo 64 LOVG). Estas acciones son incluidas en la orden de alejamiento.
- d) Detención (artículos 13 y 489 y ss. LECrim).
- e) Prisión provisional (artículos 502 y ss. LECrim).
- f) Suspensión del derecho a portar armas, así como su tenencia y uso (artículo 67 LOVG).
- g) Otra serie de instrumentos que aseguren la aplicación y el éxito de las medidas como, por ejemplo, la protección de testigos o el uso de medios de tecnología, tal y como indica MARTÍNEZ GARCÍA.

Por lo que respecta a las medidas civiles a adoptar en el proceso con el fin de proteger a la víctima son:

- a) Suspensión cautelar de la patria potestad o custodia de los menores dependientes del agresor (artículo 65 LOVG).
- b) Suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores que dependan del agresor (artículo 66 LOVG).
- c) Atribución de la vivienda y salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo agresor y víctima (artículo 64 LOVG).
- d) Prestación de alimentos y protección de los menores con el fin de evitar un peligro sobre los mismos.

⁵⁰ Martínez García, E. La tutela judicial..., ob., cit., pp. 165-210.

⁵¹ Artículo 544 bis LECrim.

2) Derechos de la víctima de violencia de género

La situación de vulnerabilidad en la que la víctima de violencia de género se encuentra, ha tenido como consecuencia el reconocimiento de una serie de derechos⁵². El Título II de la ya mencionada Ley Orgánica 1/2004 regula los derechos de tal manera que quedan estructurados de la siguiente manera:

- h) Capítulo I. En él se incluyen el derecho a la información y asesoramiento por parte de las Administraciones públicas, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita.
- i) Capítulo II. Se regulan los derechos laborales y las prestaciones de la Seguridad Social a las que la víctima tiene derecho.
- j) Capítulo III. Este capítulo regulan los derechos pertenecientes a las funcionarias públicas que sean o hayan sido víctimas de violencia de género. De este modo, el artículo 24 LOVG dice expresamente que tendrán derecho “a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica”. Con la introducción de este capítulo queda modificada la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en lo que corresponda⁵³.
- k) Capítulo IV. Se trata de los derechos económicos la víctima. Son medidas de apoyo y que han incidido sobre todo en el derecho de percepción de la prestación por desempleo, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuando sus contratos de trabajo sean resueltos o suspendidos de manera voluntaria⁵⁴. Así también, la propia Ley prevé la incorporación a programas de acciones específicos cuando los requisitos se cumplan⁵⁵.

⁵² Exposición II de Motivos de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵³ Exposición III de Motivos de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵⁴ La Exposición de Motivos III de la Ley 1/2004 así lo prevé, en relación con las medidas de apoyo económico a las víctimas de violencia de género.

⁵⁵ Así, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 en su tercer apartado establece “su incorporación al programa de acción específico creado al efecto para su inserción profesional. Estas ayudas, que se modularán en relación a la edad y responsabilidades familiares de la víctima, tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor; dichas ayudas serán compatibles con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual”.

Mención especial merece el derecho a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la LECrim en los procesos de violencia de género. El artículo 707 de la LECrim establece que “todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos [...] Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección”.

Así, el artículo 416 LECrim en su nueva redacción incluyó no solo al cónyuge en dicha excepción, sino también a aquellos que tuvieran una relación análoga a la matrimonial. La controversia surge cuando nos topamos con la figura del “testigo-víctima”⁵⁶.

El Tribunal Supremo estableció en su jurisprudencia que “la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une al procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima de delito del que se imputa la inculpado [...] Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido”⁵⁷.

El problema en violencia de género surge cuando se tiende a abusar de dicha dispensa ya que podría suponer un verdadero fraude de ley⁵⁸. Coincidiendo con la autora, basándose ésta en el Informe del Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, sobre los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LOVG, lo conveniente (con el fin de incrementar la seguridad jurídica) sería la modificación de dicho artículo para que la dispensa no alcanzase a las víctimas, como testigos privilegiados de la acción delictiva; sobre todo en los casos en los que la propia víctima procede a la denuncia⁵⁹.

2.3. La acreditación de la condición de víctima de violencia de género

La acreditación de la condición de víctima de violencia de género tiene dos vertientes legales claras: por un lado, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre (LOVG) incluye

⁵⁶ Castillejo Manzanares, R. (2010). La dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim a debate. En Ramos Vázquez, J.A. (Coord.) / Souto García, E.M (Coord.) / Puente Aba, L.M (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares, pp. 343-358.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 134/2007 de 22 de febrero.

⁵⁸ Castillejo Manzanares, R. La respuesta penal..., ob., cita., pp. 343-358.

⁵⁹ Castillejo Manzanares, R. La respuesta penal..., ob., cita., pp. 343-358. Así, la autora considera que con dicha denuncia se estaría renunciando de manera tácita al uso de la dispensa.

los requisitos para la acreditación de la condición y, por el otro, la acreditación según la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

En cuanto a la LOVG, sabemos que reconoce una serie de medidas y de derechos de los que la mujer víctima de violencia de género es beneficiaria. Al tratarse de una serie de derechos excepcionales, el legislador ha condicionado su obtención a la acreditación de la condición de víctima de violencia de género, de tal manera que no podrán obtenerse dichos beneficios sin antes confirmar tal condición⁶⁰.

El artículo 23 de la LOVG, establece que para acreditar la circunstancia de víctima en este ámbito, se podrá llevar a cabo de dos formas:

- I. Mediante la orden de protección en favor de la víctima, regulada en el artículo 544 ter de la LECrim. Presupone así, el título habilitante⁶¹ para la obtención y beneficio de los derechos mencionados anteriormente⁶².
- II. A través del informe emitido por el Ministerio Fiscal, el cual es necesario que indique la existencia de indicios de que la denunciante es víctima de violencia de género. Se trata de una medida excepcional entretanto se tramita la orden de protección⁶³. Para ello es necesario que, en primer lugar, se haya solicitado dicha orden; se trate, además, de víctima de violencia de género y, por último, exista objetivamente una situación de riesgo para la víctima⁶⁴.

Como se ha comentado, también la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita contiene preceptos en torno a la acreditación de la condición de víctima de violencia de género. En este supuesto, y por lo que respecta a las víctimas de violencia de género, el Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la administración de justicia y el sistema de

⁶⁰ Muñoz-Ruiz, J. (2014). La acreditación de la condición de víctima de violencia de género en el ordenamiento jurídico español. *Revista Criminalidad*, 56 (1), pp. 51-67.

⁶¹ Muñoz-Ruiz, J. *Revista Criminalidad*..., ob., cit., pp. 51-67.

⁶² Vid. Epígrafe 2.2.2. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Derechos de la víctima.

⁶³ Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género por la cual se establece que “cuando, atendidas las circunstancias del hecho, del agresor y de la víctima, resulte necesaria la adopción urgente de medidas de protección desde el inicio del proceso penal, y fuera imposible conceder la orden de protección hasta tanto no se celebre la comparecencia para resolver sobre la misma conforme al art. 544 ter de la LECrim, se acudirá al supuesto excepcional del informe del fiscal, el cual se constituye en documento acreditativo de la situación de víctima de violencia de género, posibilitando que se activen las medidas de protección laboral, seguridad social o ayudas sociales, rompiendo en estos primeros momentos con la posible situación de dependencia económica que la vinculaba a su presunto “agresor”.

⁶⁴ Muñoz-Ruiz, J. *Revista Criminalidad*..., ob., cit., pp. 51-67., en referencia a la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado.

asistencia jurídica, expresa que la solvencia económica no será un factor determinante a la hora de obtener asistencia jurídica gratuita⁶⁵.

Así, la condición de víctima en estos supuestos se obtendrá cuando se interponga denuncia o querrela, o cuando dé comienzo un proceso penal⁶⁶.

2.4. La tutela de la víctima en el proceso penal

El legislador, en la Ley Orgánica 1/2004 (LOVG), estableció tres tipos de tutela entre sus títulos; de esta manera, el Título III regula la tutela institucional, el Título IV la tutela penal y el Título V la tutela judicial.

La palabra tutela proviene del latín y cuyo significado es el de amparar o defender⁶⁷. A continuación destacaremos las tres formas de amparar a la víctima de violencia de género que la regulación legal ha establecido al efecto.

I. La tutela institucional

La tutela institucional regulada en el Título III, es aquella que ejercen los poderes e instituciones⁶⁸ públicas del Estado, con el fin de llevar a cabo el cumplimiento de las medidas que en dicha Ley se detallan.

En el artículo 29 de la LOVG, se establecen las funciones para la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia Sobre la Mujer. Esta institución es dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Entre sus competencias, tiene especial importancia el diseño, la confección y el seguimiento de los planes de acción que, con el fin de llevar a cabo una planificación eficaz de las medidas contenidas la propia norma, serán realizadas desde las Administraciones competentes en violencia de género⁶⁹.

Por otro lado, nos encontramos con el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Se trata de un órgano adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Entre

⁶⁵ El artículo 2.g) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, establece expresamente que “con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato”.

⁶⁶ Tercer párrafo del artículo 2.g) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. / Muñoz-Ruiz, J. Revista Criminalidad..., ob., cit., pp. 51-67.

⁶⁷ Así, la Real Academia de la Lengua Española establece tres acepciones para esta palabra, siendo la adecuada en este contexto la tercera de ellas, como “dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra”.

⁶⁸ La Real Academia de la Lengua Española define la palabra institucional como aquello “Perteneciente o relativo a una institución o a instituciones políticas, religiosas, sociales, etc.”

⁶⁹ Reviriego Picón, F. (2006). Tutela Institucional. En Aranda Álvarez, E. (Dir.). *Estudios sobre la Ley Integral Contra la Violencia de Género*. Dykinson, pp. 89-112.

sus funciones se encuentran “el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación en materia de violencia de género”, así como la elaboración de un informe anual que será remitido al Gobierno y a las Comunidades Autónomas⁷⁰.

Por último, como encargados de la tutela institucional aparecen los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en tanto que se crearán, mediante la norma, “unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas”⁷¹.

II. La tutela penal

La tutela penal queda constituida por aquellas medidas penales dirigidas al fin integral de la propia ley, esto es, la instauración de medidas de protección de la víctima de violencia de género. Entre las mismas, el Título IV de la mencionada Ley incluye la suspensión de la pena, la sustitución de la misma por trabajos en beneficio de la comunidad, la protección contra las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones etc.⁷² Todo ello realizando una modificación en la redacción del CP.

III. La tutela judicial

La tutela judicial es definida por la Real Academia de la Lengua como la “protección de los derechos de las personas dispensada por jueces y tribunales”.

En esta sección toma importancia el papel de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, regulados en el Capítulo I de este Título V. Tal y como sostiene MARTÍNEZ GARCÍA, la LOVG se inclina por un modelo especializado en consonancia con su artículo 2.j)⁷³

⁷⁰ Artículo 30 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

⁷¹ Así también, el artículo 31 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece que “con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas, promoverá las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales cuando éstas sean algunas de las previstas en la presente Ley o en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 57 del Código Penal”, teniendo en cuenta siempre su Protocolo de Actuación.

⁷² Artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39 de la Ley 1/2004, respectivamente. Asimismo, el Título IV incluye en sus artículos 40, 41 y 42 el quebrantamiento de condena, la protección contra las vejaciones leves y la figura de la Administración penitenciaria.

⁷³ Martínez García, E. (2008). La tutela judicial civil y penal. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. *En La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid: Iustel, pp. 86-138.

Esta clase de juzgados pueden ser clasificados según su exclusividad. Así se puede encontrar⁷⁴:

- I. Juzgados exclusivos. Aquellos con competencia únicamente en las materias establecidas en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁵. Por ejemplo, los de Barcelona, Valencia o Madrid.
- II. Juzgados compatibles en los que se reúnen las competencias de los Juzgados de Instrucción o Primera Instancia e Instrucción, junto con las propias de violencia de género.
- III. Partidos judiciales con Juzgado único en el que se unifican todas las materias.

En lo que se refiere a las competencias de estos juzgados, las mismas se dividen (al igual que en el resto de órdenes judiciales), en competencia objetiva, funcional y territorial.

La competencia objetiva y funcional en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se establece en los artículos 44, 58, y 60 de la LOVG. Así, se delimitan las competencias tanto penales, como civiles⁷⁶. Por ejemplo, en cuanto a las competencias civiles de estos órganos judiciales, se encuentran asuntos como la filiación, maternidad y paternidad, los que estén relacionados son las relaciones paterno-filiales, los de guarda y custodia de hijos o sobre alimentos de los menores, los de adopción etc.⁷⁷

Por lo que respecta a las competencias funcionales, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se encargan de las siguientes tareas⁷⁸:

- I. Tareas relativas a la investigación del delito (instrucción).
- II. Enjuiciamiento de las faltas atribuidas en juicio rápido.
- III. Sentencias de conformidad (artículos 801 y 14.3.1 LECrim).
- IV. Emisión de la orden de protección de los asuntos penales (artículo 87 ter.1 LOPJ).
- V. Ejecución de sentencias dictadas en los Juicios de Faltas.

Por último en cuanto a la competencia territorial, por norma general, el fuero de comisión del delito, es decir, el juez que será competente territorialmente, será aquel de la circunscripción en el que se cometa el hecho delictivo (artículo 14 LECrim).

⁷⁴ Martínez García, E. La tutela judicial..., ob., cit., pp. 86-138.

⁷⁵ En adelante LOPJ.

⁷⁶ Así, la Ley 1/2004 (LOVG) adelanta en su propia Exposición de Motivos III que “estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede”.

⁷⁷ Artículo 87 ter.2 LOPJ.

⁷⁸ A tenor del artículo 14 LECrim.

De otro lado, ante la imposibilidad de determinar en ciertos supuestos el lugar de comisión, la LECrim establece de manera subsidiaria otros fueros⁷⁹.

En cuanto a violencia de género, la Ley 1/2004 (LOVG) modificó el CP, introduciendo así un nuevo artículo 15 bis¹⁰¹. Así, dicho precepto establece que “en el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de ⁸⁰Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”.

3. VALORACIÓN DEL DAÑO EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La valoración del daño en la violencia de género constituye un aspecto relevante en cuanto que de ella depende la reparación de dicho daño a la víctima.

La primera operación que se ha de realizar es la de la identificación del daño. Como se ha estudiado en epígrafes anteriores⁸¹, aunque el bien jurídico protegido por este delito sea la integridad moral, los daños producidos por el hecho delictivo van desde la salud física a la salud mental, pasando por otra serie de daños que se analizarán a continuación.

La identificación del daño parece un asunto con gran complejidad ya que las conductas de violencia sobre la mujer se producen en un lapso de tiempo prolongado y de manera habitual⁸², por lo que es necesario fijar la manera de determinar estos daños y establecer las indemnizaciones adecuadas⁸³.

En los últimos años, la determinación de los daños ha sido objeto de estudio, llegándose a la conclusión de que debe tratarse de un análisis multidisciplinar, con

⁷⁹ De esta manera, el artículo 15 LECrim establece que “cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio: 1. ° El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito. 2. ° El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido. 3. ° El de la residencia del reo presunto. 4. ° Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito”.

⁸⁰ Planchadell Gargallo, A. (2008). La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En Villacampa Estiarte, C. (Coord.) *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 273-317.

⁸¹ Vid. Epígrafe 2.1.2. La violencia de género en el Código Penal. El artículo 173.2.

⁸² En la Macroencuesta sobre violencia contra las mujeres, del Instituto de la Mujer (2006), en más de un 60% de los casos la situación de violencia sobre la mujer lleva produciéndose desde hace más de 5 años.

⁸³ Martín María, B. (2008). La identificación del daño en la violencia contra las mujeres. Criterios de reparación desde una perspectiva de género. En Marín López, P. (Dir.) / Lorente Acosta, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139), pp. 311-328.

el objetivo de calcular los costes económicos que esta situación tiene para la mujer y, como no, para la sociedad⁸⁴.

De esta manera, los daños a identificar quedan clasificados de la siguiente manera⁸⁵:

- I. Daños en la salud física. Lesiones provocadas directamente por la violencia física, lesiones indirectas provocadas por la situación de maltrato (dolores de cabeza, dolores de espalda etc.) o mayor propensión a la enfermedad.
- II. Daños en la salud mental; depresiones, estrés postraumático, trastornos del sueño, ansiedad, entre otros.
- III. Daños en la salud reproductiva ya sea por el impacto sobre dicha salud (trastornos del aparato genital, disfunción sexual...) o por complicaciones durante el embarazo, embarazos no deseados etc.
- IV. Daños en el bienestar social de la mujer, sobre todo el producido por el aislamiento a que se ve sometida la víctima (alejamiento del círculo familiar o de los amigos).
- V. Daños en el ámbito laboral como por ejemplo el absentismo o la baja productividad y, en última instancia, la pérdida del trabajo. Se ha observado como la LOVG trata de otorgar una serie de derechos en relación con el trabajo de manera que la situación afecte lo menos posible a este ámbito⁸⁶.

Por lo que respecta a la valoración de los mencionados daños, la misma viene dada por una serie de técnicas actuariales, como un método de cálculo del importe conectado con la responsabilidad civil⁸⁷; QUERALT indica que, este cálculo, “parte de una ponderación generalizable a supuestos idénticos o análogos, siendo poco factible el apartamiento de esas directrices que vienen fijadas extrajudicialmente”.

La responsabilidad civil ex delicto (según la concepción del CP), se constituye a través de la restitución, la reparación y la indemnización⁸⁸. Lógicamente, los perjuicios valorables económicamente no presentan problema alguno en cuanto a que su naturaleza lo permite. El problema surge, tal y como apunta correctamente QUERALT, en la valoración de los daños morales provocados por la violencia de género⁸⁹ debido a su naturaleza “inaprensible”.

⁸⁴ Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328. / *Costes de la violencia de género en las relaciones de pareja*. (2006). Comunidad Valenciana. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.

⁸⁵ Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328.

⁸⁶ Vid. Epígrafe 2.2.2 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Derechos de la víctima.

⁸⁷ Queralt, J.J. (2008). La valoración del daño en las víctimas de violencia sexual y de género. En Marín López, P. (Dir.) / Lorente Acosta, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139), pp. 365-377.

⁸⁸ Artículo 110 del CP.

⁸⁹ Queralt, J.J. La valoración..., ob., cit., pp.365-377.

De esta manera, para el autor lo correcto sería “discriminar unos daños morales de otros”, entre los que estarían, en primer término, los daños morales que tienen una consideración autónoma (por ejemplo, las secuelas psicológicas acreditadas) y, en segundo, los daños más “difusos”.

En cualquier caso, la valoración del daño en la violencia de género deberá ser una valoración íntegra⁹⁰, en el sentido en el que es imprescindible entender la violencia en todas sus dimensiones para, así, proceder a la adopción de las medidas más adecuadas⁹¹.

La palabra integral es definida por la Real Academia Española de la Lengua como “las partes que entran en la composición de un todo sin serle esenciales, de manera que el todo puede subsistir, aunque incompleto, sin alguna de ellas”, de tal forma que la valoración integral debe comportar el estudio de todas sus manifestaciones y consecuencias⁹².

Por último, es necesario destacar los instrumentos de valoración del daño como, por ejemplo, el Protocolo de Actuación en los Institutos de Medicina Legal y las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género⁹³.

4. REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En general, los avances en violencia de género han sido muchos y han respondido a la problemática generada en este ámbito; no solo se ha mejorado la protección de la víctima, sino que, en opinión de MARTÍN MARÍA, “se han introducido importantes modificaciones legales para mejorar el tratamiento judicial de este fenómeno” como han sido por ejemplo las medidas cautelares y la tipificación de los delitos.

Sin embargo, para dicha autora, aun se ha de realizar esfuerzos adicionales en el derecho de reparación de las víctimas, por ser éste un aspecto aun poco avanzado⁹⁴.

Al igual que en el resto de delitos, la comisión del mismo lleva aparejada una obligación de reparación, así como puede conllevar una responsabilidad civil a la que el perjudicado o víctima puede optar⁹⁵.

⁹⁰ Lorente Acosta, M. (2008)). El concepto “integral” en la violencia de género. En Marín López, P. (Dir.) / Lorente Acosta, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139), pp. 17-48.

⁹¹ Conclusiones. En Marín López, P. (Dir.) / Lorente Acosta, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139), pp. 427-435.

⁹² Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328.

⁹³ Montero de Espinosa Rodríguez, N. (2008). Los Instrumentos de Valoración del Daño en la Violencia de Género. En Marín López, P. (Dir.) / Lorente Acosta, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139), pp. 49-124.

⁹⁴ Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328.

⁹⁵ Artículo 109 del CP.

En la misma línea de la valoración integral del daño, habrá de llegarse a una reparación igualmente integral, con la finalidad de compensar todos los efectos provocados por el delito de que la mujer ha sido víctima⁹⁶. Para ello, es necesario acudir al régimen normativo que regula las reparaciones tanto de manera general⁹⁷, como de manera particular en este caso.

Al respecto, el artículo 110 del CP, indica que la responsabilidad comprende la reparación del daño, siendo definida esta como ya se ha visto en el Capítulo I en “obligaciones de dar, de hacer o de no hacer”.

De igual modo, el derecho a una reparación integral se reconoce de manera internacional como se ha visto en el Capítulo I de este texto, ya sea por organismos internacionales como Naciones Unidas o por organismos europeos como el Consejo de Europa⁹⁸.

Sin embargo, en cuanto a la violencia de género, muchas veces ese reconocimiento del derecho a la reparación no se lleva a la práctica; MARTÍN MARÍA, tras el análisis de un número importante de sentencias, observó que en muchas de ellas no se llegaba a establecer indemnización alguna⁹⁹.

Tras una búsqueda por esta parte, encontramos pocas sentencias que incluyan un pronunciamiento sobre la reparación del daño a la víctima, más allá de la imposición de las correspondientes condenas penales al agresor¹⁰⁰. En la mayoría de ellas, es significativo la cantidad de pronunciamientos judiciales por juicio rápido. En aquellos casos en que sí se impone una reparación a la víctima las cifras que observamos son dispares respecto de la cuantía¹⁰¹.

El gran problema en muchos casos, como se ha ido adelantado en el anterior epígrafe, es la valoración de las consecuencias del daño moral. A continuación, a través de una serie de criterios de reparación desarrollados por la doctrina, se tratará de abordar cómo lograr una reparación efectiva en esta materia.

⁹⁶ Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328.

⁹⁷ Vid. Capítulo I. La reparación del daño a la víctima de delito.

⁹⁸ Al efecto, cabe recordar “La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Asamblea General de Naciones Unidas” (Resolución 40/34, de 20 de noviembre de 1985) o el “Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos”, de 24 de noviembre de 1983 u otros textos normativos más actuales como la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal también recogen el derecho a la reparación.

⁹⁹ Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328.

¹⁰⁰ Algunos ejemplos de sentencias que no llevan aparejada una reparación a la víctima son la Sentencia 54/2015 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barcelona, de 24 de septiembre de 2015; la Sentencia 62/2015 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barcelona, de 8 de octubre de 2015; o la Sentencia 6/2016 de Violencia sobre la mujer nº 4 de Tarragona.

¹⁰¹ Véase las Sentencia 344/2014 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante, de 10 de octubre que imponía una cuantía de 210 euros; la Sentencia 58/2014 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, de 27 de febrero impone una cuantía de 10.000 euros o la Sentencia 347/2013 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Pamplona, de 30 de octubre que impuso una indemnización de 90 euros. De igual manera, MARTÍN MARÍA, ya consideraba esto en sus estudios.

4.1. Criterios de reparación

Para alcanzar una reparación íntegra de la víctima, lo ideal sería llevar a cabo los siguientes criterios de reparación a la práctica, tal y como describe la autora¹⁰²:

- I. Peritaje específico y obligatorio que englobe todos los daños y los efectos de la violencia que ha sufrido la víctima. Estos daños no son más que los comentados anteriormente¹⁰³ (daños físicos, psicológicos, daños en el ámbito laboral etc.)
- II. Reconocimiento por parte de la víctima de su derecho a la reparación íntegra de los daños provocados por el agresor en el contexto de violencia de género. Ello conllevaría el ejercicio de la acción civil.
- III. Establecimiento de un baremo similar al de accidentes de circulación para la reparación de los daños¹⁰⁴.

4.2. Consecuencias de la reparación del daño en el delito de violencia de género. La reparación como atenuante en los supuestos de violencia de género

La reparación efectiva del daño a la víctima de delito, en general, supone la atenuación de la responsabilidad criminal de acuerdo con el artículo 21.5ª del CP¹⁰⁵, como se ha indicado en el primer capítulo.

Asimismo, hemos visto que las circunstancias en las que se da la violencia de género constituyen, según mi parecer, una situación específica o exclusiva dentro del ordenamiento jurídico penal por lo que cabría plantearse si la aplicación de dicho atenuante debe realizarse en estos casos de una manera especial o, incluso, no aplicarse en estos supuestos a tenor de los ejemplos expuestos.

A continuación ejemplificaremos dos casos en los que, por diversos motivos, no se aceptó el atenuante del artículo 21.5ª del CP en supuesto de violencia de género:

- I. El primero de los casos se corresponde con el pronunciamiento en sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada (Procedimiento del Tribunal del Jurado) el día 28 de junio de 2013¹⁰⁶. En dicha

¹⁰² Martín María, B. La valoración..., ob., cit., pp. 311-328.

¹⁰³ Vid. Epígrafe 2.3. Valoración del daño en la violencia de género.

¹⁰⁴ "Sistema de valoración" previsto en el Anexo de la Ley de Responsabilidad civil y Seguros en la circulación de Vehículos a motor, para el cálculo de las indemnizaciones. Aplicar este sistema no fue el resultado sino de la reunión mantenida por los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid el 10 de junio de 2005.

¹⁰⁵ Se ha de recordar que el artículo 21 en su quinto apartado establece que se considera circunstancia atenuante "la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

¹⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada nº 389/2013, de 28 junio.

resolución, se juzga el caso por asesinato de un hombre contra su pareja sentimental (mujer); tras repetidas agresiones a la víctima, acaba siendo asesinada a manos de su novio¹⁰⁷. Este tribunal no consideró que debiese aplicar el mencionado atenuante en tanto que su intento de reparación a la víctima consistió en llevarla al hospital cuando la mujer ya había fallecido. Este supuesto constituye una reparación que nada tiene que ver con la indemnización pecuniaria pero encaja con lo descrito en el código punitivo¹⁰⁸.

La sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de diciembre de 2013¹⁰⁹ revocó la anterior sentencia en la parte que correspondía a la atenuación por reparación, aceptándola de esta manera. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia dictada por la Sala Segunda, con fecha de 7 de octubre¹¹⁰, casó la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Los motivos del Alto Tribunal, en mi opinión correctos, fueron que, en primer lugar “la brutalidad que condujo al triste fallecimiento de la víctima se compadece mal con ese propósito de remedio del mal causado que la sentencia ante nosotros recurrida se cree. Las condiciones en que el cadáver llega al centro hospitalario predicen una antigüedad en el fatal desenlace, que predica un muy significativo retraso en la supuesta voluntad reparadora, sugerente de propósitos ajenos a la recuperación de una vida que el autor había extinguido tiempo atrás”, lo que quiere indicar que no existe una clara voluntad de reparación por parte del agresor; en segundo lugar el Tribunal Supremo consideró que “la reparación del daño debe ser suficientemente significativa y relevante, sin que se pueda conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias que solo buscan la aminoración de la pena”.

- I. El segundo supuesto se corresponde con el caso de la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de diciembre¹¹¹, por la cual tras las agresiones sufridas por la víctima a manos de su agresor, se solicitó la indemnización a la misma por una cuantía de 520 euros. El agresor, consignó dicha cantidad como concepto de reparación del daño a la víctima.

¹⁰⁷ Guimerá Ferrer-Sama, R. (28 de octubre de 2014). Dejó el cadáver de su novia en el hospital tras darle una paliza: no cabe aplicar la atenuante de reparación del daño. [Blog]. *Editorial Jurídica Sepín*. Recuperado de <http://blog.sepin.es/2014/10/atenuante-reparacion-dano-violencia-domestica/>

¹⁰⁸ De esta manera, el Tribunal Supremo en su sentencia nº 644/2014 de 7 octubre, expresa que “consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante”.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nº 39/2013, de 2 diciembre.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº 644/2014, de 7 de octubre.

¹¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 815/2009, de 28 de diciembre. Recuperado de http://www.lexnova.es/pub_In/Juris_gaceta/Mas_Juris/SAP_28_12_09_penal.htm

El órgano judicial, no admitió la reparación como atenuante del artículo 21.5ª del CP en virtud de la jurisprudencia estudiada. Así, la Audiencia provincial consideró que es necesario que sean objeto de análisis en los delitos de violencia de género tanto el delito cometido, como la efectividad del resarcimiento con el pago de la cuantía establecida.

Para dicho órgano, en el delito de violencia de género existen “circunstancias especiales que hacen que el daño causado en este tipo de acciones no se extinga con el mero pago de una cantidad económica, independientemente de su cuantía”. También expresa en la resolución que habrán de tenerse en cuenta (por los órganos judiciales) circunstancias como “la continuidad de la acción, el grado de atosigamiento de la víctima o el miedo padecido por ésta”, siendo la cifra impuesta no lo suficientemente compensable para los sufrimientos de la víctima y el ataque a su integridad moral.

CONCLUSIONES

— Sobre la evolución normativa de la violencia de género

Aunque la evolución sufrida en este ámbito ha sido grande y extensa no podemos dejar de preguntarnos si podemos seguir haciendo más. Como se ha comprobado sigue habiendo aspectos relacionados con la violencia de género en los que la Ley Orgánica 1/2004 (LOVG) no incide tales como en la reparación de la víctima o la valoración del daño.

Además la evolución en los próximos años debería ir más encaminada a reforzar la protección de la víctima. Solo hay que recordar que desde 2007, 515 mujeres han sido asesinadas a manos de sus parejas y que tan solo 128 denunciaron la situación en la que se encontraban, según los datos de la última Memoria del Ministerio Fiscal (2015).

Es necesario una regulación si no más extensa, sí más exhaustiva con el fin de erradicar estos comportamientos sobre las mujeres y crear, de esta manera, una mayor seguridad jurídica no solo para las víctimas, sino para la sociedad en su conjunto.

— Calificación de los delitos de violencia de género.

A tenor de lo estudiado, no podemos concluir que los delitos contenidos en los artículos 148.4, 153.1, 171.4, 172.2 del CP sean delitos propiamente calificados como violencia de género. En su lugar, cabría hablar de delitos comunes susceptibles de ser cualificados por la cualidad de la víctima y adquirir tal condición. De esta manera, existe la posibilidad del concurso de delitos dado que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son diferentes ya que, de no ser así, incurriríamos en la prohibición *non bis in idem*.

Sin embargo, por su ubicación y el bien jurídico protegido, la confección del artículo 173.2 en cuanto a la violencia habitual ejercida al cónyuge, ex cónyuge-

ge o relaciones de similar afectividad del CP es fruto del reconocimiento de la violencia de género como tal, por lo que la tipificación de la misma se traduce en el mencionado artículo.

- Otras manifestaciones de violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004 (LOVG) y, por ende, el CP, establecen únicamente que la situación de violencia de género se da en un entorno doméstico o familiar, dentro de una relación conyugal o de afectividad análoga entre el hombre y la mujer.

Considero, no obstante, que esta manifestación en contra de las mujeres se da en muchos otros ámbitos que la Ley debería recoger como, por ejemplo, en la vida social o la vida laboral. Como se ha comentado, la propia ley se hace denominar “integral” pero, en realidad, no se podría calificar así, si no contempla todas y cada una de las manifestaciones de violencia de género a pesar de que, de manera tardía, se contemplase el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral.

- Calificación de la violencia entre matrimonios y parejas homosexuales.

La violencia de género se da exclusivamente en el entorno de pareja sentimental entre un hombre y una mujer siendo necesaria la calificación de agresor y víctima correspondientemente.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitió los matrimonios homosexuales. Ello puede llevar a pensar que las situaciones de violencia habitual en parejas de estas características se encuentran ante un vacío legal.

Nada más lejos de la realidad, sin que la violencia habitual entre matrimonios o parejas homosexuales deba ser calificada como violencia de género, el artículo 173.2 del CP permite identificar dicha violencia habitual como violencia doméstica o familiar.

- Consideración de los daños en los menores dependientes de las víctimas.

En mi opinión, los daños en los menores como consecuencia de la violencia de género de la que han sido testigos pueden ser tenidos en cuenta de dos formas diferentes. Estos daños pueden darse tanto a nivel individual sobre el menor (tristeza, estrés postraumático entre otros), como en relación con el grupo familiar, el entorno escolar, etc.

En primer lugar, no creo que deban incluirse en los casos concretos de valoración de daño de la mujer víctima de violencia de género puesto que, en mi opinión, distorsiona y extiende de manera innecesaria la evaluación de dichos daños, teniendo en cuenta lo complicada que de por sí ya puede ser. Su evaluación y compensación del daño debería ser tenida en cuenta de manera independiente.

Si bien no creo que deban ser incluidos en esa valoración individual, caso por caso, sí creo que supone un daño en general a tener en cuenta en términos sociales, como un problema o daño colateral a la sociedad.

— Valoración de los daños.

Como se ha podido comprobar, la valoración del daño es un aspecto muy complicado en este ámbito, sobre todo a la hora de proponer o valorar las medidas de reparación correspondientes.

Sería deseable la creación de normas aplicables concretas a la valoración que desentramase a modo de líneas maestras (ya fuera en forma de Ley, Reglamento etc.) la forma de valorar los daños, en especial en cuanto a daños morales se refiere. Como base, encontramos la Ley Responsabilidad civil y Seguros en la circulación de Vehículos a motor.

— Derecho a la percepción efectiva de indemnización.

Estudios avalan que la percepción de las indemnizaciones en violencia de género no se produce, por lo general, de forma efectiva.

Como hemos concluido anteriormente, o bien no se impone directamente ninguna indemnización civil a la víctima o aun estableciéndose no se recibe. Ello puede ser por varios motivos entre los que creo que se encuentran la insolvencia del agresor, el miedo de la víctima y, por ello, la renuncia a la percepción efectiva de este derecho etc.

— Consecuencias de los Juicios rápidos

La consecuencia de que muchos de los casos de violencia de género se enjuician por esta vía es que, como se ha observado en los casos expuestos a lo largo del estudio y, también comprobada por los autores referenciados, es la no imposición de reparaciones civiles a la víctima.

Ello lleva a plantearse si el sistema no estará siendo injusto con aquellas situaciones de violencia de género que, por su clasificación normativa, parecen ser menos leves o dan lugar a conformidades entre las partes.

— Indemnizaciones dispares

La falta de una regulación que ampare unos criterios de valoración y reparación concretos en la violencia de género, por cuanto éste se trata de un ámbito muy especial y delicado (sobre todo en lo relacionado a la valoración del daño moral), provoca que las indemnizaciones en casos similares de violencia de género sean muy dispares, como hemos podido comprobar en el epígrafe correspondiente.

Es necesario un ajuste de las valoraciones y de las reparaciones para que se

ajusten de manera correcta y proporcional a los daños causados por el agresor sobre la víctima.

— Mejora de la educación

Fuera del espectro que el Derecho cubre en temas de violencia de género es necesario que, con la finalidad de reducir estas situaciones, se emprendan planes de mejora educativa dirigidos tanto al colectivo de mujeres maltratadas, como a aquellas mujeres que no lo han sufrido nunca para que, dado el caso, lo identifiquen cuanto antes y pongan fin a dichas situaciones.

Asimismo, la concienciación y la información han de llevarse a mujeres y hombres de todas las edades, clases sociales, niveles educativos, con especial mención y haciendo más hincapié al colectivo adolescente, dentro del cual en los últimos años está viendo incrementada las situaciones de violencia de género.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. En LÓPEZ ARMINIO, M.J. (Coord.) *Tratamiento penal de la violencia domestica contra la mujer*. Jerez de la Frontera: Universidad de Cádiz y Ayuntamiento de Jerez. 1999.
- ACALE SÁNCHEZ, M. Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos constitucionales. En RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (Coord.) / SOUTO GARCÍA, E.M (Coord.) / PUENTE ABA, L.M (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares. 2010.
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal. En VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.) *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2008.
- CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. En VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.). *Comentarios al Código penal de 1995. Vol. I*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1996.
- CARRACEDO BULLIDO, R. *Familia y violencia: enfoque jurídico*. Madrid: Dykinson. 1999.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. La dispensa del deber de declarar del art. 416 LE-Crim a debate. En RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (Coord.) / SOUTO GARCÍA, E.M (Coord.) / PUENTE ABA, L.M (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares. 2010.
- COMUNIDAD VALENCIANA. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. *Costes de la violencia de género en las relaciones de pareja*. (2006).

- GIMBERNAT ORDEIG, E. En Prólogo a la décima edición del Código penal de 1995. Tecnos.
- GRACIA MARTÍN, L. *Comentarios al Código Penal, Parte Especial I*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1997.
- LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid: Eurojuris. 1996.
- LORENTE ACOSTA, M. El concepto “integral” en la violencia de género. En MARÍN LÓPEZ, P. (Dir.) / LORENTE ACOSTA, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139). 2008.
- MARTÍN MARÍA, B. La identificación del daño en la violencia contra las mujeres. Criterios de reparación desde una perspectiva de género. En MARÍN LÓPEZ, P. (Dir.) / LORENTE ACOSTA, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139). 2008.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. La tutela judicial civil y penal. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En *La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid: Iustel. 2008.
- MONTERO DE ESPINOSA RODRÍGUEZ, N. Los Instrumentos de Valoración del Daño en la Violencia de Género. En MARÍN LÓPEZ, P. (Dir.) / LORENTE ACOSTA, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139). 2008.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2010.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2010.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.) *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2008.
- QUERALT I JIMÉNEZ, I. La respuesta penal de la ley orgánica 1/2004 a la violencia de género (1). En *La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial. 2006.
- QUERALT, J.J. La valoración del daño en las víctimas de violencia sexual y de género. En MARÍN LÓPEZ, P. (Dir.) / LORENTE ACOSTA, M. (Dir.) *La valoración del daño en las víctimas de violencia de género*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2007 (139). 2008.
- RAMÓN RIBAS, E. Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica. En RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (Coord.) / SOUTO GARCÍA, E.M (Coord.) / PUENTE ABA, L.M (Dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares. 2010.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. Los diferentes conceptos de violencia de género en la le-

gislación estatal y autonómica. *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*. Granada: Editorial Comares. 2010.

REVIRIEGO PICÓN, F. Tutela Institucional. En ARANDA ÁLVAREZ, E. (Dir.). *Estudios sobre la Ley Integral Contra la Violencia de Género*. Madrid: Dykinson. 2006.

Otros recursos

Anexo de la Ley de Responsabilidad civil y Seguros en la circulación de Vehículos a motor, para el cálculo de las indemnizaciones.

Balance Ley Integral CCAA. Actuaciones de las comunidades autónomas en cumplimiento de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (Aprobado en la Conferencia Sectorial de Igualdad de 22 de abril de 2015). Recuperado de <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/seguimientoEvaluacion/pdf/BalanceLeyIntegralCCAAparaweb.pdf>

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Definiciones. Portal de Violencia de Género. Recuperado de <http://violenciadegenero.carm.es/definiciones/>

Delegación de Gobierno para la Violencia de Género. Recuperado de <http://www.sepin.es/visor/default.asp?referencia=SP/NOT/717>

GUIMERÁ FERRER-SAMA, R. (28 de octubre de 2014). Dejó el cadáver de su novia en el hospital tras darle una paliza: no cabe aplicar la atenuante de reparación del daño. [Blog]. Editorial Jurídica Sepín. Recuperado de <http://blog.sepin.es/2014/10/atenuante-reparacion-dano-violencia-domestica/>

Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género.

Jiménez, A. (2014). La conformidad del acusado. *El jurista*. Barcelona. Recuperado de: <http://www.eljurista.eu/2014/11/24/la-conformidad-del-acusado/>

Macroencuesta de Violencia sobre la Mujer. Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad. Centro de publicaciones. 2015.

Macroencuesta sobre violencia contra las mujeres. Instituto de la Mujer. 2006.

MUÑOZ-RUIZ, J. La acreditación de la condición de víctima de violencia de género en el ordenamiento jurídico español. *Revista Criminalidad*, 56 (1), 51-67. 2014.

REQUEJO, C. El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código penal. *La Ley*, (4). 2000.

RUIZ VADILLO, E. Las violencias físicas en el hogar. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (nº 326). 1998.

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A. (25 de mayo de 2015). El Estatuto de la víctima y la violencia de género. [Blog]. Editorial Jurídica Sepín. Recuperado de <http://blog.sepin.es/2015/05/estatuto-de-la-victima-y-violencia-de-genero/>

Capítulo XIII

REPARACIÓN EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Irea Riobó Mayo

1. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1. Introducción al concepto de Administración Pública

En primer lugar, vamos a tratar de definir de manera sucinta qué se entiende por Administración Pública, con el fin de delimitar claramente al sujeto pasivo afectado por la comisión del hecho delictivo que corresponda. En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador no recoge una definición clara y expresa sobre el término de Administración Pública, no obstante, existen diversos preceptos que nos ayudarán a delimitar el concepto.

De acuerdo a nuestro texto constitucional, podemos entender la Administración Pública¹ como la organización –la CE la utiliza para referirse a los municipios (art.140), la provincia e islas (art.141), y a las Comunidades Autónomas (art. 153 y 154) que sirve con objetividad a los intereses generales (art.103 CE), para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico (art.3.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico de Sector Público) y lo hace con personalidad jurídica única (art.3.3 de la Ley 40 /2015).

1.2. El Bien jurídico protegido

El Código Penal español en su Título XIX bajo la rúbrica de “Delitos contra la Administración Pública”, tipifica toda una serie de conductas ilícitas que tiene como sujeto pasivo de las mismas a la referida Administración Pública.

El anterior Código Penal regulaba en su Título VII los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, una rúbrica de lo más cuestionada, puesto que para llevar a cabo la agrupación de los delitos únicamente se ponía el foco en la cuali-

¹ <https://app.vlex.com/#vid/427625422>. Última vez: 14/1/2017

dad de los sujetos activos, dejando de lado el objeto penal de protección². En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA³, este título constituía “un residuo histórico de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código”, afirmando que no existía ningún bien jurídico común a todas las infracciones allí recogidas, por lo que éste debía ser determinado de manera individualizada para cada uno de los delitos.

En cambio, con la aprobación del Código Penal del 95, buena parte de los delitos que apilados en el anterior Título VII, pasaron a reubicarse en el actual Título XIX bajo la rúbrica de “delitos contra la Administración Pública”⁴. La particularidad de todos ellos reside en que la realización de las conductas descritas afectan directamente al buen funcionamiento de la Administración en alguno de sus aspectos, por lo que no cabe duda que el bien jurídico protegido para el global del Título XIX no es otro que el referido correcto funcionamiento de la Administración Pública⁵.

En este sentido ya se manifestó la jurisprudencia, concretamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 2002, en la que establece que “el bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación, cohecho y usurpación de funciones o cualquier otro relacionado con el ejercicio de la función pública, es el recto y normal funcionamiento de las Administraciones Públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática”. Además, especifica que “se trata de un interés difuso, que no puede ser encarnado por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo o corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter de delictivos”.

Por último, conviene resaltar que lo que aquí se protege no es el prestigio o la dignidad de la Administración, sino su funcionalidad, como un instrumento puesto al servicio de toda la ciudadanía.⁶

1.3. El sujeto activo: concepto de funcionario y autoridad pública

En cuanto a la tipología de sujetos activos en estos delitos, resulta procedente empezar diciendo que, si bien es cierto que en la mayor parte de los ilícitos tipificados en el Título XIX el sujeto activo resulta ser una autoridad o funcionario público, ello no es óbice para que estos sean los únicos que puedan cometer la conducta delictiva o, al contrario, que todos los delitos específicos de funcionarios y autoridades públicos se agrupan exclusivamente en el mencionado título.⁷

² ROJAS BENÍTEZ, O. (2009) *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*. Ratio Legis

³ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. (1992) *El derecho penal español, parte especial*. Dykinson.

⁴ VIVES ANTÓN, T y OTROS (2010) *Derecho penal. Parte especial*. Valencia. Tirant Lo Blanch

⁵ Ibid, *pág* 698

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2009) *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos

⁷ VIVES ANTÓN, T, Op.Cit

El concepto de funcionario y autoridad pública a efectos penales, viene recogido en el artículo 24 de nuestro CP.

En su apartado primero, la norma atribuye la condición de autoridad al que, ya sea de manera individual o bien como miembro de algún órgano colegiado, “tenga mando o ejerza jurisdicción propia”. Además, el precepto continúa con la enumeración de una serie de supuestos, como son los miembros del Congreso de los Diputados o del Senado, entre otros, a los que otorga *per se* la condición de autoridad.

El apartado segundo del mencionado artículo recoge la definición del concepto de funcionario público, al cual somete a dos condiciones: el nombramiento por “disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente” y la participación del mismo en el “ejercicio de funciones públicas”.

Resulta imprescindible remarcar que esta regulación legal implica un concepto propio de funcionario público y, desde luego, más amplio que el empleado específicamente por el derecho administrativo.⁸

Esta idea ya la plasmó el TS en su sentencia de 8 de mayo de 2001, en la que establecía que “mientras que para el Derecho administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública”. Además, la jurisprudencia más reciente no ha venido sino ahondando en esta premisa, a través de, entre otras, la STS de 27 de enero de 2003 donde se recoge que “no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral”.

Así por ejemplo, la jurisprudencia ha extendido el concepto de funcionario a efectos penales al titular de un establecimiento de lotería (STS de 3 de octubre de 1998), a concejales recién elegidos sin que se hubiese constituido la corporación municipal (STS de 19 de diciembre de 2000) o el supervisor de una estación de inspección técnica de vehículos (STS de 19 de diciembre de 1990)⁹.

Por otro lado, tal y como ya se ha señalado, no todos los delitos contenidos en el título XIX están exclusivamente dirigidos a los funcionarios públicos¹⁰. Hay que tener presente que, según lo comentado en el primer apartado, el bien merecedor de protección no es otro que la actividad pública y su buen funcionamiento de cara a la ciudadanía, de ahí que podamos encontrar tipificados comportamientos en los cuales el sujeto activo pueda englobar a particulares o personas jurídicas. Buena muestra de estas

⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., Op.Cit

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. Op.Cit

¹⁰ MAYOR GÓMEZ, R (2015) *Los delitos de corrupción pública en el ámbito de la Administración Pública: la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la necesaria aplicación de otras políticas públicas en la lucha contra la corrupción en la Administración Pública española*. Gabilex

actitudes son, por ejemplo, el artículo 406 CP, sobre el delito de prevaricación, el cual impone la “misma pena de multa” a la “persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada”, “sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”; el aprovechamiento del secreto o información privilegiada facilitada por un funcionario (art.418) o en el delito de tráfico de influencias, aquel que busca influir en el dictamen de una resolución para que ésta le sea favorable (art. 429)¹¹. Incluso en los delitos de cohecho y tráfico de influencias, se ha previsto la participación delictiva de las personas jurídicas, recogida en los artículos 427 bis y 430 CP.

Por último, conviene destacar que la reforma del CP introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce una ampliación de los sujetos activos dentro de los particulares asimilados a los funcionarios públicos, que trataremos con detalle más adelante.

1.4. Breve definición de los delitos más representativos

1.4.1. *Cohecho*

Aparece regulado en los artículos 419-427 del Código Penal, correspondientes al Capítulo V. Nos encontramos ante el capítulo más extenso de los todos en los que se tipifican los delitos contra la Administración Pública, lo cual no es casual ya que el delito de cohecho es probablemente de los más significativos de este título¹².

En primer lugar, vamos a definir los trazos generales de esta figura delictiva. La STS de 29 de octubre de 2001 determina que el bien jurídico protegido es “la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos”. En definitiva, preservar el buen funcionamiento de la Administración Pública, evitando la intromisión de intereses privados¹³.

El delito de cohecho regula una serie de comportamientos que en el lenguaje común se asocian con el término de “soborno”¹⁴. Con esta finalidad, se tipifican una serie de conductas que dan lugar a distintas modalidades del delito y que tienen que ver con la condición del autor:

- **Cohecho pasivo:** En este supuesto el funcionario o autoridad pública es el sujeto activo del delito y la conducta típica consiste en la solicitud¹⁵, recepción o

¹¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N, (2004) *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca. Ratio Legis.

¹² VALEIJE ÁLVAREZ, I, (1996) *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas.

¹³ VIVES ANTÓN, T Op.Cit

¹⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, I Op Cit

¹⁵ No es necesaria la aceptación, ya que el delito se consuma para el funcionario con la mera formulación de la solicitud.

aceptación de dádiva o promesa para realizar, en el ejercicio del cargo, un acto contrario a los deberes inherentes del mismo(art.419); para no realizar o retrasar injustificadamente un acto que se debiera practicar (art. 420); para realizar un acto propio del cargo (art. 420) o como recompensa por la conducta descrita en los artículos anteriores (art. 421) . Por último, también cabe señalar, lo que la doctrina y jurisprudencia¹⁶ han determinado en calificar como cohecho pasivo impropio aquella conducta consistente en la admisión de dádiva por parte del funcionario, cuando el ofrecimiento se le realice en “consideración a su función”. Como se puede observar, lo aquí se tipifica no es petición de recompensa por parte del funcionario sino la mera aceptación de lo que se le ofrece.

- **Cohecho activo:** con la reforma introducida por la LO 5/2010 se equiparan las figuras de cohecho activo a las del mencionado cohecho pasivo , referido en el caso del cohecho activo, a la figura del particular que ofrece, entrega o promete dádiva o retribución al funcionario con la finalidad de conseguir de él una actuación o abstención determinada.¹⁷

1.4.2. Prevaricación

La prevaricación se encuentra regulada en Capítulo I, en el artículo 404 de nuestro Código Penal.

El bien jurídico protegido por el tipo se circunscribe, según la SSTS DE 25 de septiembre de 2007 y de 1 de julio de 2008, “al correcto ejercicio de la función pública, de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación”, o dicho de otra forma, “el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución” (STS de 25 de mayo de 1992).

Nos encontramos ante un delito especial propio, lo cual quiere decir que el sujeto activo de la conducta típica únicamente puede ser un funcionario o autoridad público (art.24 CP).¹⁸

La conducta típica castigada, de acuerdo con el artículo 404 CP, consiste en dictar, el funcionario o la autoridad pública, una resolución arbitraria, aun a sabiendas de su injusticia, en un asunto administrativo. Para completar esta definición, vamos a analizar someramente cada uno de los elementos del tipo:

- Resolución: el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de marzo de 2002, establece que una resolución es “cualquier acto administrativo que conlleve una

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., Op.Cit

¹⁷ VIVES ANTÓN, T Op.Cit

¹⁸ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L. (1997) *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Valencia. Tirant Lo Blanch

declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados, es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral.”¹⁹

- Dictar: en este sentido, la cuestión reside en delimitar si, además de por acción, el delito de prevaricación puede cometerse también por omisión. La jurisprudencia se ha manifestado cauta en este sentido²⁰. No obstante sentencias como la STS de 5 de enero de 2001 se muestra a favor de contemplar la comisión por omisión para esta figura, cuando es imperativo para el funcionario dictar la resolución, pues su omisión puede tener efectos equivalentes a los de una denegación (por ejemplo en casos de silencio administrativo negativo).
- Arbitraria: en este sentido, GÓNZALEZ CUSSAC²¹ recoge el concepto de arbitrariedad como el comportamiento del funcionario que, por el motivo que sea e independientemente de éste, decide dictar una resolución le conviene, “pasando por encima de las leyes, de las formas usuales de interpretarlas y aplicarlas” y en muchas ocasiones eludiendo también los intereses generales.

No cabe duda, por tanto, que esta resolución ha de ser dictada a sabiendas de su injusticia.

En este sentido, el TS en sus sentencias de 17 de septiembre de 1997 o de 16 de mayo de 1992, ha establecido que el término “injusticia” se refiere a la resolución manifestamente contraria a la ley- ya sea por falta absoluta de competencia o por la omisión de trámites formales que garanticen su adecuado contenido- y ha incidido en que ésta queda limitada a las infracciones que de una manera flagrante eludan la legalidad.

Por último, conviene destacar el que tipo penal recoge que esta resolución arbitraria debe ser dictada “a sabiendas”, lo cual no deja lugar a dudas sobre el carácter doloso del delito.

1.4.3. *Malversación*

El delito de malversación, que se encuentra regulado en los artículos 432 a 435 del Código Penal, ha experimentado una nueva tipificación a raíz de la reforma introducida por la LO 1/2015 de 30 marzo.

La nueva regulación del tipo queda redactada de la manera que sigue: “la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio

¹⁹ Para mayor ahondamiento, consultar SSTs: 21/2/94, 14/11/95 o 25/9/01.

²⁰ VIVES ANTÓN, T Op.Cit

²¹ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L. Op. Cit

público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años”

“Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público”.

Por tanto, para entender este cambio en la regulación del delito, es fundamental acudir al artículo 252 y 253 del CP, en el que se define la conducta de la administración desleal y apropiación indebida respectivamente, ya que el legislador delimita un nuevo objeto material del delito de malversación, tratándolo como un supuesto de administración desleal de fondos públicos²².

La nueva conducta punible pasa a redefinirse como las actuaciones encaminadas a causar un perjuicio en el patrimonio público por la apropiación “para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos”²³, o por la negación de haberlos recibido, así como por un exceso en las facultades de administración que tengan conferidas.

En resumen, bajo esta nueva definición del delito de malversación, se pasan a incluir dentro del tipo penal, además de las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público²⁴.

Cabe señalar que, en lo que se refiere al sujeto activo del delito, el tipo mantiene como tal a la autoridad o funcionario público del art. 24 CP, así como a los sujetos asimilados del 435.

En lo que respecta a la pena impuesta, tanto la conducta del 252 como la del 253 se sancionan ambas con la pena de dos a seis años de prisión, previendo un supuesto agravado cuando el perjuicio económico al patrimonio público resulta superior a los 50.000 euros e incluso una mayor agravación, que puede implicar penas de hasta 12 años de cárcel, en supuestos en los que el valor montante afectado excede los 250.000 euros²⁵. Por su parte, el tipo atenuado se reconoce para cuando el daño patrimonial no supere los 4.000 euros²⁶.

Por último, el artículo 434 CP, otorga a los tribunales la posibilidad de imponer la pena menor en grado, siempre y cuando el responsable del delito “hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público”, o bien “hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisi-

²² PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2015). *Corrupción Pública en la reforma del código penal de 2015*. Civitas

²³ Art. 253 CP

²⁴ MAYOR GÓMEZ, R. Op. Cit

²⁵ Art.432.3.b CP

²⁶ Art.433 CP

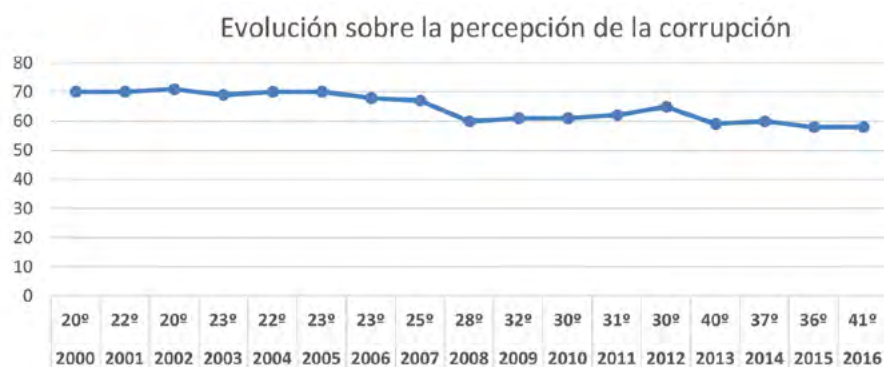
vas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos”.

2. LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

2.1. Contexto social

Según los resultados del último Barómetro del CIS²⁷ la corrupción se sitúa como el segundo problema que más preocupa a los españoles, únicamente superado por el paro.

A este indicador, se pueden sumar los datos ofrecidos por Transparencia Internacional que, desde el año 1995, viene elaborando el denominado “Índice de Percepción de la Corrupción”²⁸, elaborado a partir de las respuestas de los ciudadanos encuestados, que deben responder sobre qué probabilidad, dentro de una escala de 0 a 100, creen que existe de que se les solicite una cierta cantidad de soborno al realizar negocios con el país en cuestión. Esta medición se elabora en 176 países, dentro de los cuales España ocupa actualmente el puesto 41º.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Transparencia Internacional.

Tal y como se puede observar de los resultados vertidos por el gráfico, la percepción sobre la influencia de la corrupción en nuestro país viene experimentando un desarrollo más o menos constante desde el año 2000 hasta la actualidad. La franja de valoración se sitúa en torno a una media de 60 puntos, lo que resulta un dato verdaderamente ilustrativo para calibrar el enorme problema que supone la corrupción en nuestro país.

²⁷ Data de abril de 2017.

²⁸ http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf. Última vez: mayo 2017.

Por último, resulta también interesante analizar los datos ofrecidos por la Fiscalía en su memoria anual²⁹. En ella se recogen un total de 1.591 condenados por delitos contra la Administración Pública³⁰ –destaca frente al resto el delito de desobediencia y denegación de auxilio que representa el 75%–, frente a un global de 288.756 condenas, lo cual representa un 0,5% sobre el total de condenas del 2015.

Aunque a priori este porcentaje pueda parecer bajo, el resultado debe ser puesto en contexto, puesto que como veremos a continuación, el concepto de corrupción abarca muchas más conductas que las tipificadas en el Título XIX.

2.2. Concepto y regulación

A día de hoy nos hemos acostumbrado a ver como el término “corrupción pública” es empleado constantemente por los medios de comunicación en la publicación de noticias, pero también en distintos documentos y textos legales, asociado a determinadas conductas típicas.

No obstante, no resulta del todo sencillo encontrar un concepto unívoco de corrupción³¹. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, texto que marca un hito en relación a las medidas adoptadas para incidir directamente sobre las actividades corruptas³², presenta la corrupción como un “fenómeno universal que afecta a todas las sociedades y a todas las economías”³³.

Sin embargo, en lo que atañe a la delimitación concepto en sí, únicamente se centra en facilitar un listado con definiciones de las de conductas que los Estados parte en la Convención deben tipificar como delito, al considerarse estas inmersas dentro del concepto de corrupción³⁴.

A efectos de este trabajo, nos ha parecido muy interesante la definición de corrupción, ofrecida por DOLZ LAGO, como fenómeno que “trata de castigar conductas intencionadas, activas u omisivas, realizadas por funcionarios públicos o autoridades, bien directamente o a través de otros, en el ejercicio de su función o cargo, que quebranten sus deberes oficiales, con la finalidad de obtener para sí o para terceros ventajas indebidas, comprendiéndose en esas conductas la promesa de realizarlas y tanto su modalidad activa, realizada por particular, como la pasiva, realizada por la propia autoridad o funcionario”.³⁵

²⁹ La más reciente data de 2015.

³⁰ A estos efectos, los recogidos en el Título XIX.

³¹ JAÉN VALLEJO, M & PERRINO PÉREZ, A.L. (2016) *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Madrid. Dykinson.

³² RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Op.Cit.

³³ Preámbulo Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003.

³⁴ LÓPEZ RASILLO, P. (2016) Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015 (II). Delitos contra la Administración Pública. Revista de jurisprudencia.

³⁵ DOLZ LAGO, M.J. (2014). *Corrupción en la vida pública: Los delitos de tráfico de influencias y cohecho*. Abogacía Española.

A pesar de todo, no debemos perder de vista que en las últimas décadas la preocupación internacional en torno a este problema no ha hecho más que aumentar³⁶, dando lugar una mayor proliferación legislativa con la finalidad de paliar su avance a nivel mundial.

Así, además de la Convención de las Naciones Unidas, podemos encontrar textos como el Convenio europeo “relativo a la lucha contra la corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea” de 26 mayo 1997, u entidades como Transparencia Internacional³⁷, una organización no gubernamental fundada en 1993, y cuya misión es la promover medidas contra la corrupción política a nivel internacional.

También la Unión Europea ha implementado nuevos sistemas para hacer frente al problema de la corrupción dentro de los Estados, como por ejemplo la creación del GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción), constituido en 1999 en el ámbito del Consejo de Europa, y al que pertenecen en la actualidad 49 estados, 48 europeos y Estados Unidos³⁸. Además, la última Comunicación de la Comisión Europea en este sentido, denominada “La lucha contra la corrupción en la Unión Europea” de 6 de junio de 2011, asevera el compromiso de los Estados miembros en la batalla contra la corrupción a través de medidas como informes bianuales anticorrupción o la de apuesta firme de convertir este fenómeno en una de las prioridades dentro de las políticas comunitarias³⁹.

En España, a pesar de que textos como la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su preámbulo hace mención a los “llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública”, nuestro CP no recoge una sistematización bajo un mismo Título de delitos de corrupción como tal, sino que estos se pueden encontrar diseminados a lo largo de toda la Ley.⁴⁰

Tradicionalmente, los lícitos asociados a la corrupción pública se identificaban con aquellos que figuran en el Título XIX bajo la rúbrica “Delitos contra la Administración Pública”, una posición que ha sido duramente criticada por parte de la doctrina⁴¹, al considerar que la lucha contra la corrupción va mucho más allá del correcto funcionamiento de la Administración o de la imparcialidad en el ejercicio de la Función Pública⁴².

Por ello, se insiste en la necesidad de profundizar en las reformas legales en esta línea, que permitan la unificación de los delitos de corrupción en un único título, con

³⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Op.Cit

³⁷ <http://transparencia.org.es/que-es-ti/>

³⁸ <http://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-grec>

³⁹ DOLZ LAGO, M.J. Op.Cit

⁴⁰ LÓPEZ RASILLO, P. (2016) *Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015*. Revista de jurisprudencia.

⁴¹ DOLZ LAGO, M.J. Op.Cit

⁴² LÓPEZ RASILLO, P. Op.Cit

la finalidad de facilitar la persecución de estas conductas ilícitas y conseguir una mayor eficacia en la lucha contra este fenómeno que tan gravemente afecta a nuestro Estado de Derecho.

3. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA REFORMA DE LA LO 1/2015

3.1. Introducción

En el BOE número 77, de 31 de marzo de 2015 se publicó la LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modificaba la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP.

El contenido de esta reforma supuso una modificación importante en muchos aspectos transversales del CP vigente, por lo que su aprobación suscitó un ferviente debate parlamentario y fue duramente criticada por parte de diversos partidos políticos e instituciones judiciales. Sin embargo, en lo se refiere a los delitos contra la Administración Pública, el revuelo causado no fue tal e incluso se aplaudieron muchas de sus medidas.

A continuación, pasaremos a detallar de manera sosegada el contenido de las reformas que nos atañen, pero como adelanto, el Preámbulo de la Ley en el espectro de los “llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública” define dos líneas básicas de incidencia⁴³:

- Elevar las penas de inhabilitación para estos delitos.
- Introduce penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

3.2. Reformas significativas en el Título XIX

1. Tipificación expresa de los actos preparatorios punibles en los delitos contra la Administración Pública

El CP establece de manera genérica en sus artículos 17 y 18 que los llamados “actos preparatorios” –la conspiración, proposición y provocación– únicamente serán penalmente punibles cuando así lo disponga debidamente un precepto legal.

Pues bien, la reforma del 2015 a través del nuevo artículo 445 CP, tipifica expresamente estas conductas para todos los delitos recogidos en el Título XIX, aplicándoles la “pena inferior en uno o dos grados”.

⁴³ Preámbulo LO 1/2015 de 30 de marzo, párrafo 6º

2. Se amplían los plazos de prescripción

La modificación genérica del artículo 131 amplía los plazos de prescripción, lo cual incide directamente en los delitos de prevaricación administrativa, fraudes y exacciones ilegales; negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios.⁴⁴

3. Incremento y ampliación de las penas previstas

Sin duda, este es uno de los puntos más publicitados de la reforma puesto que, frente al más que justificado descontento social en torno al enorme lastre de la corrupción, cualquier anuncio sobre aumento en el castigo de las conductas corruptas parece percibirse en la sociedad civil como un síntoma de rotundidad institucional ante este fenómeno.⁴⁵

En la práctica, la reforma ha consistido en:

- El aumento generalizado en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público para los delitos ubicados en el título XIX (como la prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias...).
- Se añaden nuevas penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en los delitos más graves (como cohecho, prevaricación de funcionarios o tráfico de influencias), que según establece el propio preámbulo de la LO 1/2015, busca impedir que “el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo.”
- Un nuevo catálogo de penas, no previstas con anterioridad para determinados delitos, como la denegación de la posibilidad de obtención de ayudas o subvenciones públicas al particular que, según el art. 429 CP, lleve a cabo la conducta tipificada en el delito de tráfico de influencias.

4. Ampliación de los sujetos activos

Tal y como ya se ha visto en el apartado referente a los sujetos activos en los delitos contra la Administración Pública, el concepto penal de funcionario difiere de aquel otro que delimita el derecho administrativo; el legislador penal se ha encargado de definir en el artículo 24 CP la figura del funcionario y autoridad pública, pero además se ha preocupado por generar otros preceptos en los que expresamente se hace extensiva esta definición determinados individuos.

Pues bien, la reforma de 2015 ahonda en esta asimilación de sujetos al concepto legal de funcionario y añade como nuevas figuras las siguientes:⁴⁶

⁴⁴ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. Op.Cit

⁴⁵ <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/19/espana/1361299446.html>

⁴⁶ MAYOR GÓMEZ, R. Op.Cit

- En el delito de cohecho (art.423): se incluyen como nuevos sujetos activos del delito a “los mediadores, los administradores concursales, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.
- En el delito de malversación el artículo 435 ya disponía de tres apartados que hacían extensivas las conductas tipificadas a otros sujetos; después de la reforma, se añade “a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores”.
- En el delito de negociaciones prohibidas (art. 440), se suman a los previstos “los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso”.
- Por último, se recoge un nuevo concepto de funcionario público extranjero, el cual se podrá subsumir también en determinadas conductas penales tipificadas (art. 427 CP).

5. Obligación de cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o reparación del daño para otorgar la libertad provisional.

De todos los cambios que inserta la reforma de 2015 en el régimen de libertad condicional bajo la de suspensión de pena, la Administración Pública también se ve implicada⁴⁷. Concretamente, el art.90.4, establece la posibilidad de denegación de la suspensión en aquellos casos que, encontrándonos ante un delito de los tipificados en el Título XIX, el condenado no cumpla:

- con las responsabilidades pecuniarias impuestas en sentencia
- o bien eluda la reparación del daño que hubiese causado a la Administración Correspondiente.

A nuestro modo de ver, y tal y como posteriormente analizaremos en la parte estadística⁴⁸, esta nueva regulación puede suponer un cambio importante ya que el número de impagos en los delitos contra la Administración Pública es bastante elevado.

6. Nueva regulación referente a la figura del decomiso

La Unión Europea ha ido mostrando su creciente interés y preocupación a la hora de abordar la regulación del problema de la corrupción; concretamente en la Directiva 2014/42/UE “sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea” supone un punto de inflexión al abrir una vía novedosa

⁴⁷ MAYOR GÓMEZ, R. Op.Cit

⁴⁸ Apartado 6.3.5 de este mismo trabajo. El ámbito de estudio es CCAA de Madrid

en la batalla legal, basada en la idea de que el delito “no resulte provechoso” para el que lo comete⁴⁹.

En esta línea, la reforma española del Código Penal de 2015 se ha hecho eco de esta tendencia comunitaria y ha introducido profundas modificaciones en la figura del decomiso con base en la normativa europea.

Sin duda esta regulación supone un cambio importante en el foco de la política criminal preponderante hasta la fecha ya que durante muchos años los esfuerzos y la atención legislativa se circunscribían principalmente entorno al elemento punitivo del delito, es decir, a la sanción de la conducta típica, relegando a un segundo plano la recuperación de los activos obtenidos como consecuencia de la actividad delictiva⁵⁰.

Antes de empezar analizar la reforma, conviene señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia, la figura del decomiso funciona de manera independiente a las posibles penas o responsabilidad civil establecidas en sentencia y tiene objetivo, tal y como recoge el TS en su sentencia de 13 de noviembre de 2014 “anular cualquier ventaja obtenida por el delito”.

Con esta finalidad, la LO de 2015 reformó la figura del decomiso a través de la extensión del denominado decomiso ampliado.

El propio Preámbulo establece que el decomiso ampliado “no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva”, y termina señalando que “su naturaleza es más bien civil y patrimonial, próxima al de figuras como el enriquecimiento injusto”.

Debemos puntualizar que la primera versión de esta figura se introdujo con la LO 5/2010, de 22 de junio pero conectada exclusivamente a aquellos procesos en los que se detectase la presencia de “una organización o grupo criminal o terrorista”. Ya en aquel momento la AN en su sentencia de 28 de febrero de 2011 recogía que “esta reforma también se hace eco de la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo una interpretación de la institución del comiso que permitía su aplicación aun cuando no pudiera acreditarse la vinculación concreta de los bienes incautados con un hecho ilícito determinado, sino simplemente su procedencia de la actividad delictiva”.

Pues bien, La nueva reforma de 2015 incorpora una nueva versión de esta figura (art. 127 bis y 127 quinquies) por la cual se establece que para los delitos de cohecho y malversación, se producirá el decomiso de los bienes que integren el patrimonio del condenado, que aun sin estar relacionados con los hechos delictivos cumplan dos requisitos:

⁴⁹ JAÉN VALLEJO, M & PERRINO PÉREZ, A.L. Op. Cit.

⁵⁰ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. (2011) *Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*. Revista de Derecho Penal Nº 34.

- No se demuestre su origen lícito⁵¹. En este sentido, no existe una definición normativa del termino origen lícito, por lo que dentro de él deberán subsumirse todos aquellos bienes que no tenga su origen en actuaciones delictivas ilícitas pero también todos aquellos que hubiesen sido obtenidos por incumplimiento de normativa no penal (civil, mercantil...)⁵²
- Que los bienes provengan de una actividad delictiva, “distinta de los hechos por el que se le condena y que no han sido objeto de prueba plena”; para valorar tal actividad delictiva, el legislador establece una serie de indicios que “entre otros” deberán ser tenidos en cuenta a tal fin.

4. LA OFICINA DE RECUPERACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS

4.1. Introducción y definición

La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) se puso en marcha por Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre. Sin embargo, la primera mención legislativa para la construcción de un organismo de este tipo ya se había producido tiempo atrás, en La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que, en su disposición final primera, añadió el artículo 367 septies a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dónde se contemplaba la necesidad de creación una entidad de esas características. No obstante, no fue hasta cinco años más tarde, en el 2015, cuando la LO de reforma del CP le puso nombre y apellidos a través del mismo artículo 367septies.

Dentro del Real Decreto 948/2015 se justifica la necesidad de creación de la Oficina en los siguientes términos: “el creciente número de hechos delictivos relacionados con la delincuencia económica (...) impone la necesidad de que el Estado dirija sus esfuerzos no sólo al castigo de sus responsables, una vez declarada su culpabilidad, sino también a lograr la recuperación de los activos procedentes del delito, porque tan importante como el cumplimiento certero de la pena es la recuperación de esos activos”

Como ya ha comentado en el apartado anterior cuando se habló de la figura del decomiso, la Reforma del 2015 viene a ser un reflejo de la preocupación del legislador, ya no solo por la punición del delito, si no por tratar de mitigar el daño que la conducta ilícita genera sobre el patrimonio público.

4.2. Ámbito de actuación

Según se recoge en su propio reglamento, la ORGA actuará:

⁵¹ JAÉN VALLEJO, M & PERRINO PÉREZ, A.L. Op. Cit

⁵² MAYOR GÓMEZ, R. Op.Cit

- A instancia del Juez o Tribunal o del Ministerio Fiscal y dentro del ámbito de las actividades delictivas propias del decomiso ampliado siempre que la localización, embargo o decomiso se haya acordado a partir del 24 de octubre de 2015.
- Además, la ORGA deberá actuar a iniciativa propia en el marco de cualquier actividad delictiva, previa autorización judicial e independientemente de la fecha del embargo o decomiso.⁵³

4.3. Actividad de la ORGA: primeros datos disponibles

La Orden Ministerial JUS/188/2016 de 18 de febrero, determinó la entrada en funcionamiento operativo de la ORGA el 21 de febrero de ese mismo año; desde ese momento, la Oficina comenzó el desarrollo de su Plan de Acción con el objetivo de ir extendiendo progresivamente su espacio de actuación, hasta lograr su implantación definitiva en todo el territorio el 1 de enero de 2017.⁵⁴

Los primeros datos disponibles sobre su funcionamiento los encontramos en la Memoria publicada por el Ministerio de Justicia, donde se recoge la actividad de la Oficina durante el primer semestre de 2016.

Según esta misma fuente, durante los seis primeros meses la ORGA asumió la gestión diversos bienes- entre los que se encuentran barcos, obras de arte y ropa, entre otros- por valor total de algo más de 23 millones de euros⁵⁵ y tramitó un total de 261 expedientes, de los cuales el 89% fueron originados de oficio por la propia Oficina, mientras que el 11% restante deben su procedencia a los “Juzgados y Tribunales”- destaca en este sentido la usencia del Ministerio Fiscal o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como fuentes generadoras.⁵⁶

Con este abanico de datos se puede valorar, a nuestro modo de ver, positivamente los primeros meses actividad de la organización. Teniendo en cuenta que estos datos se corresponden únicamente a sus seis primeros meses de vida, periodo en el que todavía no había llegado su implantación a todo el territorio nacional⁵⁷, estos resultados pueden considerar más que satisfactorios. Precisamente por ello, creemos necesario que se continúe dotando de recursos a la ORGA, para que este buen inicio no quede en papel mojado en el futuro.

⁵³ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/oficina-recuperaciongestion>

⁵⁴ Memoria ORGA publicada por el Ministerio de Justicia, correspondiente al primer semestre de 2016.

⁵⁵ Ídem

⁵⁶ Ídem

⁵⁷ Orden JUS/188/2016, de 18 de febrero

CONCLUSIONES

No cabe duda de el problema de la corrupción es una de las mayores preocupaciones que existen actualmente, ya no solo en nuestro país, sino también a nivel internacional.

Si bien es verdad que este fenómeno no es, ni mucho menos, un tema reciente⁵⁸, no es menos cierto que la grave crisis económica de los últimos años ha agudizado aún más si cabe un movimiento de indignación social que no tolera más desmanes dentro de lo público.

A pesar de la creciente preocupación por parte del legislador, los datos nos dicen que todavía queda mucho por hacer: a la vista de nuestro estudio estadístico, se perfila una situación ciertamente preocupante en cuanto al elevado impago de las responsabilidades civiles a la Administración Pública, lo cual es una muestra más de la necesidad de llevar a cabo profundas reformas en este sentido.

Si bien es cierto que la LO 1/2015 introduce interesantes novedades encaminadas a facilitar la recuperación de los activos perdidos por la corrupción, como son la extensión de la figura del decomiso o la creación de la ORGA, existe todavía un largo camino por recorrer y sólo el transcurso del tiempo dirá si estas medidas repercuten finalmente en una mejoría tangible.

Para finalizar, nos gustaría dedicar unas líneas a una última reflexión personal: la corrupción es un fenómeno especialmente dañino, que atenta directamente contra los cimientos de nuestro Estado de derecho, por lo que su tratamiento debe estar a la altura de su gravedad; es necesaria una plena implicación de los tres poderes –ejecutivo, legislativo y judicial–, lo cual abarca desde la una reforma legislativa integral⁵⁹ del problema, hasta el aumento de los medios que puedan disponer los tribunales para luchar contra esta lacra.

BIBLIOGRAFÍA

- CUSSCAC GÓNZALEZ, J.L. (1997) *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- DOLZ LAGO, M.J. (2014). *Corrupción en la vida pública: Los delitos de tráfico de influencias y cohecho*. Abogacía Española.
- FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO? (2015) *La relación entre la corrupción institucional en las Administraciones Públicas y los controles administrativos preventivos*.

⁵⁸ FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO? (2015) *La relación entre la corrupción institucional en las Administraciones Públicas y los controles administrativos preventivos*.

⁵⁹ Como propone, entre otros, DOLZ LAGO y cuya postura se ha plasmado en el trabajo, con respecto a la reformulación del Título XIX.

- JAÉN VALLEJO, M & PERRINO PÉREZ, A.L. (2016) *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Madrid. Dykinson.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. (2011) *Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*. Revista de Derecho Penal Nº 34.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (1994) *La víctima del delito y el sistema jurídico penal ¿Hacia un sistema de alternativas?* Revista general de derecho.
- LÓPEZ RASILLO, P. (2016) *Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015*. Revista de jurisprudencia.
- LÓPEZ RASILLO, P. (2016) *Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015 (II). Delitos contra la Administración Pública*. Revista de jurisprudencia.
- MAYOR GÓMEZ, R. (2015) *Los delitos de corrupción pública en el ámbito de la Administración Pública: la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la necesaria aplicación de otras políticas públicas en la lucha contra la corrupción en la Administración Pública española*. Gabilex.
- MORENO CATENA, V & CORTÉS DOMÍNGUEZ, V (2015) *Derecho Procesal Penal. 7ª Edición actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y 45/2015, de 5 de octubre*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2015). *Corrupción Pública en la reforma del código penal de 2015*. Civitas
- REYNA ALFARO, L.M. (2013) *Proceso penal y sistema judicial en Latinoamérica: Reflexiones en torno a la celeridad como piedra de toque de las reformas procesales penales latinoamericanas*. Advocatus
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. (1992) *El derecho penal español, parte especial*. Dykinson.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2004) *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca. Ratio Legis.
- ROJAS BENÍTEZ, O. (2009) *La tutela penal de la función pública desde el actual delito malversación en España*. Ratio Legis.
- ROXIN, C. (2003) *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2009) *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (1996) *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas.
- VIVES ANTÓN, T. (2010) *Derecho penal. Parte especial*. Valencia. Tirant Lo Blanch

Otros recursos

<http://www.ausaj.org/greco2016>

http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/depositados.jsp

http://www.cis.es/cis/opencms/ES/11_barometros/indicadores.html

<http://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>

<http://www.datosmacro.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/espana>

[http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c
id=1254735573206](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c
id=1254735573206)

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/oficinarecuperacion-gestion>

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index.html

<http://transparencia.org.es/que-es-ti/>

Capítulo XIV

LA REPARACIÓN ECONÓMICA EN EL CASO MADRID ARENA*

Lucía Gimeno Malumbres

1. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas, trataremos de dilucidar cómo se articula la reparación de las víctimas y la responsabilidad civil derivada de un proceso penal a través de un supuesto práctico caracterizado por su actualidad y su repercusión mediática permitiéndonos, por tanto, acercarnos a una realidad más tangible de estas instituciones en nuestro ordenamiento.

1.1 Resumen del caso

Recibe el nombre de “caso Madrid Arena” el trágico suceso que acaeció en la noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012 durante la celebración de una fiesta de Halloween en el pabellón municipal de la Casa de Campo de Madrid, donde murieron cinco jóvenes a consecuencia de una avalancha que se produjo en el recinto debido al exceso de aforo en el mismo.

La causa se inició en el Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid, se siguió por el trámite de procedimiento abreviado por homicidio y lesiones por imprudencia, y finalizó con la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2016 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

En concreto, resulta oportuno señalar que la competencia de la Audiencia Provincial se determinó por la conducta que las partes acusadoras atribuyeron a Emilio Monteagudo Parralejo, como consecuencia de la condición de dicho acusado de agente de la autoridad (Jefe de la Policía Municipal de Madrid) en el momento en que sucedieron los hechos¹.

* Agradecimiento de la autora y la profesora Soletto a la Abogada María José Siñeriz del ICAM y a la Procuradora Marisol Castañeda del ICPM, participantes en el caso, por sus aportaciones en forma de revisión y correcciones.

¹ En concreto, dispone la SAP 488/2016 de 21 de septiembre –en lo que se refiere a la calificación jurídica y participación de los acusados– que “En relación con la conducta que se le atribuye por las partes que formulan acusación contra Emilio Monteagudo Parralejo, lo que determina la competencia de este Tribunal para el enjuici-

Sin embargo, la sentencia ha sido recurrida dentro de los plazos legalmente establecidos ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tanto por los acusados y responsables civiles, como por algunas de las acusaciones particulares. Por lo tanto, nos encontramos a la espera de la resolución del recurso de casación y de la adquisición de firmeza de la sentencia, para conocer el desenlace definitivo del suceso.

1.2. Las partes en el proceso

En el lado pasivo, como parte acusada, encontramos en primer lugar a quince personas físicas, entre ellas al presidente y administrador de hecho de la sociedad Diviertt S.L como principal investigado (Miguel ángel Flores, en adelante MAF).

Como responsables civiles subsidiarios distinguimos diversas entidades en las que los presuntos responsables desempeñaban sus funciones o para las que trabajaban, en concreto, las entidades Diviertt SL, Madrid Espacios y Congresos S.A. (en adelante MADRID-DEC), Grupo Seguriber S.L.U, Kontrol 34 SL y, por último, el Ayuntamiento de Madrid.

Como responsables civiles directos encontramos a cuatro compañías aseguradoras con las que las referidas entidades tenían cubierta la responsabilidad civil total o parcialmente por contrato (en concreto, Mapfre, Zúrich Insurance, Hiscox Insurance Company LTD y AIG Europe).

En el lado activo y como partes acusadoras distinguimos al Ministerio Fiscal, siete acusadores particulares, entre ellos las familias de las cinco fallecidas, una lesionada y la entidad ASISA. Por último encontramos dos acusadores populares, el Grupo Municipal Socialista (Portavoz y Concejales del Ayuntamiento de Madrid) y el Sindicato Manos Limpias.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN INSTRUCCIÓN

Con carácter previo al estudio de la sentencia y del resultado del proceso, resulta oportuno remitirnos a la fase de instrucción del mismo donde es misión importantísima lo que en la ley se llama ‘el aseguramiento de las personas y las responsabilidades pecuniarias’ de los que aparecen racionalmente como responsables de los hechos, esto es, la adopción de medidas cautelares².

ciamiento de la presente causa...” y ello en referencia al artículo 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad donde el TC en la sentencia 55/1990 de 28 marzo estimó parcialmente la inconstitucionalidad del precepto por ser contrario al derecho a un Juez imparcial, en cuanto que asignaba a un mismo órgano judicial (la Audiencia Provincial) la instrucción, el procesamiento y el conocimiento y fallo de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

² A tenor de lo dispuesto en el artículo 299 LECrim, junto con los actos orientados a la preparación del juicio y aquellos otros destinados a la averiguación de los hechos y la consiguiente determinación de si merecen o no ser juzgados en el juicio oral.

En primer lugar, de acuerdo con los artículos 301, 302 y concordantes de la LE-Crim, es preciso mencionar el carácter secreto de las actuaciones instructorias como una de las características que definen dicha fase del proceso, y cuya finalidad se traduce en conservar el honor y el buen nombre del acusado, alejándole del daño que le puede producir la publicidad³, así como asegurar el éxito de la investigación en curso.

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, el Juzgado de Instrucción número 51 de Madrid no decretó el carácter secreto de las actuaciones por el suceso ocurrido en el Madrid Arena, permitiendo a las partes el acceso al contenido de lo instruido sin limitación alguna.

Retomando el estudio de las medidas cautelares, resulta oportuno delimitar su concepto. Así, las medidas cautelares son actos aseguratorios destinados a asegurar las personas y las responsabilidades pecuniarias de los acusados, y cuya adopción es competencia exclusiva del órgano judicial en la medida en que llevan consigo restricciones de los derechos de las personas y limitaciones en la administración o disposición de sus bienes.

De esta forma, las medidas cautelares pueden ser de carácter personal, como la detención o la prisión provisional⁴, o bien de carácter real o patrimonial. En relación a estas últimas es posible distinguir, a su vez, entre aquellas adoptadas por el juez con objeto de conservar las cosas relacionadas con el delito, como el depósito o la aprehensión de cosas y bienes, y aquellas otras destinadas a asegurar la responsabilidades pecuniarias que puedan resultar del proceso, como la fianza y el embargo⁵.

2.1. Medidas cautelares personales

Comenzando con el estudio de las medidas cautelares de carácter personal, el Juzgado de Instrucción número 51 de Madrid acordó a finales del año 2012 la detención, por riesgo de fuga, del presidente y administrador de la empresa Diviertt S.L como principal investigado. En consecuencia, MAF prestó fianza hipotecaria de 400.000€⁶ para eludir la prisión, decretándose su libertad provisional bajo fianza.

Prestada la fianza hipotecaria, el Juzgado de Instrucción acordó, además, la obligación de comparecer en el juzgado una vez a la semana respecto de Miguel Ángel Flores,

³ En este sentido se habla de la “pena de banquillo” haciendo referencia a la condena que realizan los medios de comunicación a los acusados antes incluso de salir la sentencia. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Lección 13: “La fase de instrucción”. Derecho Procesal Penal, 7ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

⁴ Reguladas respectivamente en los arts 489 y ss y arts. 502 y ss LECrim, junto con otras medidas cautelares personales como son la privación del permiso de conducir vehículos a motor (art 529 bis), o la suspensión de cargos públicos (arts 384 bis LECrim y 383 y 384 LOPJ), entre otras.

⁵ En concreto, la aprehensión de cosas y bienes y el depósito están reguladas en los artículos 334 y concordantes de la LECrim y, por su parte, la fianza y el embargo reguladas en los arts. 589 y concordantes de la LECrim.

⁶ En particular, se fijó una fianza de 200.000€ para eludir la prisión provisional, prestando MAF fianza hipotecaria por el doble del importe acordado (400.000€) conforme a lo dispuesto en los arts. 591 y ss LECrim.

así como la entrega del pasaporte y consiguiente prohibición de salir de España⁷. Sin embargo, en mayo de 2014 MAF incumplió con la referida presentación apud acta y, en consecuencia, fue detenido de nuevo.

Ante esta situación, Eduardo López-Palop como juez encargado de la instrucción del caso, acordó mediante auto la comparecencia diaria en el juzgado respecto de Miguel Ángel Flores si bien, interpuesto recurso de reforma y subsidiario de apelación por éste último, la Audiencia Provincial entendió que la medida era excesiva y que, por tanto, debía reducirse a la comparecencia en el juzgado una vez por semana.

Por su parte, MAF interpuso querellas contra el juez de instrucción ante el TSJ alegando tanto la ausencia de imparcialidad en la instrucción, como el carácter ilegal de las detenciones que se habían practicado. Sin embargo, ninguna de las querellas fueron admitidas a trámite.

Además, el juez encargado de la instrucción solicitó a la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía Nacional (UDEP) una investigación patrimonial sobre Miguel Ángel Flores, ante el posible riesgo de fuga o de ocultación de capitales.

Así, si bien el informe reveló la ausencia de bienes o propiedades a nombre del empresario investigado, mediante un complejo entramado de testaferros relativo a negocios tanto en España como en Latinoamérica, el riesgo de fuga resultaba poco probable en la medida en que los negocios del principal investigado, la mayoría pertenecientes al sector del ocio nocturno, precisaban su presencia en España para impedir que otros empresarios pudiesen aprovechar la ocasión y desbancarle de este mercado.

Por último, se acordó la obligación de comparecer en el juzgado dos veces al mes, en concreto los días 8 y 22 de cada mes, respecto de otros cinco principales investigados, así como la entrega del pasaporte y consiguiente prohibición de salir de España⁸.

2.2. Medidas cautelares patrimoniales

En lo relativo a las medidas de carácter patrimonial, a lo largo de las siguientes líneas nos centraremos en el estudio de las medidas tendentes a asegurar las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el proceso penal, analizando, en consecuencia, los actos aseguratorios adoptados en el caso ‘Madrid Arena’.

En primer lugar y en lo relativo a su naturaleza jurídica, es preciso comenzar señalando la distinción entre medidas de seguridad y medidas cautelares. Así, las medidas cautelares en el proceso penal no tienen la misma significación que en el proceso civil, donde las medidas se caracterizan por su naturaleza dispositiva y se acuerdan *ex officio*.

⁷ Todo ello en Auto del Juzgado de Instrucción nº 51 Madrid de fecha 21/5/2014.

⁸ Todo ello conforme a lo acordado en Autos de fecha 11/2/2013, 8/3/2013, 10/4/2013, 18/7/2013 y 11/4/2014.

En el proceso penal, sin embargo, se trata más bien de medidas de aseguramiento no dispositivas que posibilitan la ejecución de la condena civil de la sentencia penal, cuando se dirigen contra el responsable penal. Los perjudicados tienen en este punto, como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ⁹, la posibilidad de ejercitar su poder de disposición de manera negativa, renunciando al ejercicio de la acción civil en el proceso penal o reservando su ejercicio para un momento posterior.

Sin embargo, cuando las medidas se dirigen contra terceros que puedan ser condenados civilmente en las sentencias, como en el caso de los responsables civiles subsidiarios, éstas adquieren verdadera naturaleza cautelar en la medida en que exigen demanda cautelar a instancia del actor civil.

En cuanto a los presupuestos para la adopción de las medidas de aseguramiento debemos distinguir, de un lado, que existan indicios racionales de criminalidad contra una determinada persona¹⁰ y, de otro, que se ejercite la acción civil. En el caso de las medidas cautelares la ley exige, además, la instancia de parte interesada, en la medida en que debe existir una relación o situación jurídica entre el acusado y el responsable subsidiario para la imposición de la responsabilidad civil subsidiaria¹¹.

Por último y a pesar de no estar explícitamente recogido en la LECrim, de acuerdo con FERNÁNDEZ FUSTES¹², el *periculum in mora* constituye un principio informador de las medidas cautelares, en la medida en que el mero transcurso del tiempo necesario hasta el momento de la resolución definitiva, supone peligro suficiente para la adopción de medidas cautelares con el fin de hacer posible la efectividad práctica de la resolución que finalice el proceso.

Así, en el caso objeto de estudio y de acuerdo con el artículo 589 LECrim, al resultar de la instrucción indicios de criminalidad contra determinados investigados, se mandó la prestación de fianza por los mismos para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudiesen declararse procedentes, apercibiéndoles de que, en caso contrario, se decretaría el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para asegurar dichas responsabilidades.

⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Lección 21: “Las medidas cautelares patrimoniales” en *Derecho Procesal Penal*, 7ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

¹⁰ Donde la doctrina ha venido identificando el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho con los indicios de criminalidad, si bien de acuerdo con FERNÁNDEZ FUSTES, para la adopción en el proceso penal de medidas cautelares tendentes a asegurar las responsabilidades civiles que puedan declararse se exige, además, una valoración de la existencia o inexistencia de daños, perjuicios, e importe de los mismos. FERNÁNDEZ FUSTES, M^a DOLORES. *Op.cit.*, pp 302 y 303.

¹¹ A estos efectos dispone el artículo 615 LECrim: “Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad...” y el artículo 616 por su parte dispone que: “La persona a quien se exigiere la fianza o cuyos bienes fueren embargados podrá, durante el sumario, manifestar por escrito las razones que tenga para que no se la considere civilmente responsable y las pruebas que pueda ofrecer para el mismo objeto”.

¹² FERNÁNDEZ FUSTES, M^a DOLORES. *Op. cit.*, págs 305-306.

En concreto, se requirió la prestación de una fianza de 200.000€ por parte de los médicos encargados del evento e investigados en la causa, y de los socios de una de las empresas también investigadas (KONTROL 34 S.L.) que carecían de pólizas de seguro. Ante el incumplimiento de la prestación de fianza por los mismos, se procedió al embargo de bienes para cubrir dichas responsabilidades¹³.

En definitiva, la fianza en el proceso penal se configura como una medida de aseguramiento tendente a asegurar la disponibilidad de dinero de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y de valor conocido. Está regulada en el Título IX de la LECrim ‘de las fianzas y embargos’, configurándose como una medida tendente a evitar el embargo en conformidad con el artículo 597 LECrim, donde se señala un plazo de veinticuatro horas para prestar la fianza.

De acuerdo con el artículo 591, y en lo relativo a las clases de fianza, ésta podrá ser pignoratícia o hipotecaria y podrá ser prestada directamente por el obligado o por otra persona en su nombre¹⁴.

La fianza pignoratícia consiste en la entrega de dinero, bienes muebles, títulos o valores que quedarán afectados a la futura e hipotética ejecución de las responsabilidades pecuniarias que se declaren en la sentencia configurándose, por tanto, como una caución prestada mediante la constitución de un derecho real de garantía¹⁵.

Por su parte, el principal investigado en el proceso optó, como ya se ha adelantado, por la modalidad de la fianza hipotecaria para eludir la prisión provisional¹⁶. Así, esta clase de fianza se traduce en la constitución de una hipoteca sobre determinados bienes inmuebles para asegurar la futura ejecución, la cual se podrá otorgar ante notario, mediante escritura pública o ante el juzgado, y donde en todo caso deberá acreditarse la propiedad del bien inmueble ofrecido en hipoteca.

Por último podemos hacer mención a otra modalidad de fianza no contemplada expresamente, esto es, la fianza por aval bancario o de la entidad aseguradora.

De acuerdo con FERNÁNDEZ FUSTES¹⁷, consiste en una modalidad de fianza a

¹³ En concreto, se embargó la nómina de uno de los médicos y otros bienes personales o sociales como plazas de garaje.

¹⁴ En este sentido la fianza personal mencionada en el artículo 591 ha de entenderse como aquella prestada por tercera persona en los términos dispuestos en el artículo 592, y no como una tercera clase de fianza.

¹⁵ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a DOLORES. *Op. cit.*, págs 318-319.

¹⁶ Debiendo señalar que conforme al art. 533 LECrim “Es aplicable a las fianzas que se ofrezcan para obtener la libertad provisional de un procesado todo cuanto a su naturaleza, manera de constituirse, de ser admitidas y calificadas y de sustituirse se determina en los artículos 591 y siguientes hasta el 596 inclusive del título IX de este libro”.

¹⁷ *Ibidem* págs 322-324. En este sentido FERNÁNDEZ FUSTES señala que esta fianza puede acordarse partiendo de la remisión que hace al artículo 764.2 LECrim a las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la LEC, cuyo artículo 727.11 permite adoptar otras medidas que “se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio” y donde el artículo 529.3 *in fine* establece que “La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca”.

través de la cual el responsable civil puede asegurar su propia responsabilidad mediante aval bancario o aval de su compañía aseguradora.

Se trata, por tanto, de una garantía del derecho de la víctima a un futuro resarcimiento por parte de organismos de los que se puede presumir su solvencia y que asumen el papel de garante, mediante aval o carta de garantía, de la obligación de responder de las cantidades a las que el responsable civil fuera condenado.

Por último, el embargo se configura como una medida de carácter subsidiario a la fianza, de manera que si el procesado no presta fianza en el plazo establecido a tal efecto, se procede al embargo de sus bienes en cantidad suficiente para asegurar las responsabilidades pecuniarias. El primer paso, por tanto, es la localización de los bienes a embargar y, posteriormente, se procede a la afección de los mismos.

En este sentido, en el caso objeto de estudio se procedió al embargo de determinados bienes respecto de aquellos investigados que carecían de seguro de responsabilidad civil e incumplieron la obligación de prestar fianza.

2.3. Entidades aseguradoras: consignación

Como particularidad del caso Madrid Arena, y como una cuestión jurídico procesal distinta, es la presencia en el proceso de varias aseguradoras. En concreto, las entidades en las que los presuntos responsables desempeñaban sus funciones o para las que trabajaban, tenían cubierta la responsabilidad civil total o parcialmente por contrato con alguna entidad aseguradora.

De esta forma, y en tanto las víctimas tienen acción directa ex art. 117 del CP contra las aseguradoras, la personación de éstas en el proceso es a título individual y propio, tramitándose en pieza separada de responsabilidad civil.

En este punto resulta fundamental señalar la obligación que tanto el CP como la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS) imponen respecto de los aseguradores al disponer que “los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”, estableciendo por su parte la LCS que “el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero...”¹⁸.

¹⁸ De acuerdo con el art 117 CP y arts 76 y ss LCS.

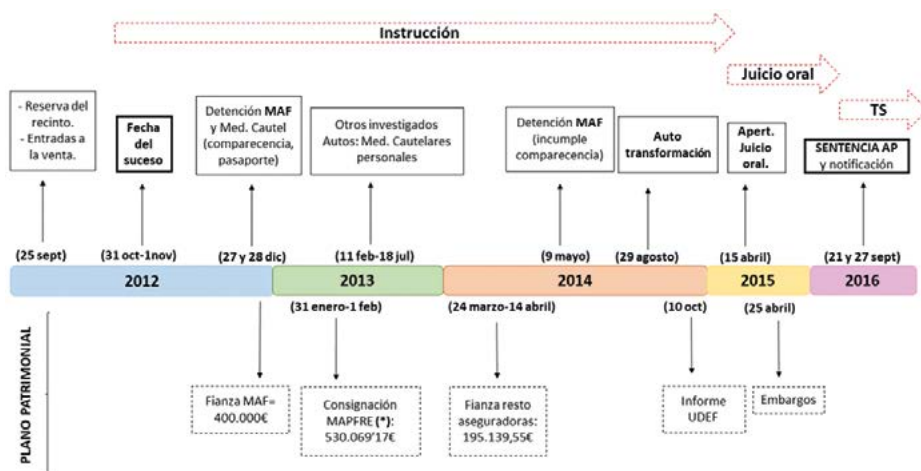


Figura 1: Línea temporal 'Caso Madrid Arena'.

Con todo, Mapfre¹⁹ procedió a la consignación de la cantidad de 530.069'17 euros en los tres meses siguientes a que se produjeran los hechos y, posteriormente y hasta el 11 de septiembre de 2014 realizó cuatro transferencias más como pagos a diferentes lesionados hasta alcanzar la cantidad de 603.265'89 euros.

Por su parte, las tres aseguradoras restantes (las entidades AIG, Hiscox y Zúrich), se negaron rotundamente a depositar o incluso afianzar ninguna cantidad, recurriendo todos los requerimientos que a tal efecto llevaron a cabo tanto el juez instructor como el Ministerio Fiscal y algunas acusaciones, al considerar que la consignación efectuada por Mapfre aprovechaba a las demás entidades, y alegando la necesidad de finalización del litigio y consiguiente determinación de los responsables en el mismo, antes de proceder a realizar la consignación a efectos de hacer pago a los perjudicados²⁰.

Finalmente dichas entidades no efectuaron ningún depósito durante la instrucción²¹, lo que posteriormente, como se expondrá, condujo a la imposición a las mismas de los intereses moratorios a los que se refiere el artículo 20.8º LCS.

¹⁹ Al ser la entidad con la que Diviertt, la empresa del principal investigado, tenía asegurada la responsabilidad civil que pudiera derivarse del ejercicio de su actividad.

²⁰ Sin embargo existe una extensa jurisprudencia de la Sala Primera del TS en relación con esta cuestión, expuesta en sentencias como la reciente de la Sala Primera 205/2016 de 5 de abril, donde se recuerda la interpretación restrictiva que se hace por dicha Sala de la causa justificada a que se refiere el art. 20.8º LCS, al efecto de impedir que se utilice la mera existencia del proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados por las entidades aseguradoras.

²¹ En concreto, dispone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 488/2016 de 21 de septiembre que "Ninguna de ellas consignó ni en ese momento, ni con posterioridad, cantidad alguna, pese a que por sus propios cálculos la cantidad total correspondiente a las indemnizaciones era de 794.810'91 euros, superior por lo tanto, a la cantidad transferida al Juzgado por Mapfre, constituyendo únicamente fianza Hiscox, Zurich y AIG por la cantidad de 195.139'55 euros que era la que, a su entender faltaba para el total de las indemnizaciones descontando las cuantías consignadas hasta ese momento por Mapfre".

A los efectos de ordenar cronológicamente las distintas fases, actuaciones y medidas adoptadas a lo largo del proceso, y para una mejor comprensión del supuesto de hecho, a continuación se expone la cronología de los sucesos más destacados durante el proceso del Caso Madrid Arena.

3. LA SENTENCIA

3.1. Hechos probados

A continuación procedemos a la exposición de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 488/2016 de 21 de septiembre que puso fin al proceso, a fin de resumir los hechos probados por la sala y alcanzar una mejor comprensión de los hechos ocurridos en el evento celebrado en el pabellón Madrid Arena.

En primer lugar, con fecha 24 de octubre de 2012 el presidente y administrador de hecho de una sociedad denominada Diviertt S.L contrató con la entidad encargada de la gestión del pabellón del Madrid Arena en su calidad de bien de dominio público, Madrid Espacios y Congresos S.A (en adelante Madriderc), la celebración del espectáculo “Thriller Music Park 2012- Steve Aoki ”²².

Para la celebración del referido evento, la entidad “UTE Seguriber- Seguriber Integrales, Seguridad Casa de Campo” (en adelante Seguriber) encargada del “servicio para la protección y seguridad del Recinto Ferial de la Casa de Campo y edificio de la calle Montera”, elaboró la operativa de seguridad y el plan de vigilancia, documentos que fueron aprobados tanto por la empresa Madriderc como por el presidente y administrador de Diviertt SL.

Además, el presidente y administrador de Diviertt SL contrató un equipo de controladores de acceso, a través de la empresa Kontrol 34 S.L, si bien no se dispuso ningún tipo de coordinación ni comunicación durante el evento entre los controladores de acceso contratados por Diviertt a través de Kontrol 34, y los vigilantes de Seguriber.

El 29 de octubre de 2012 la empresa Madriderc comunicó a Diviertt el aforo autorizado para el evento por un arquitecto. Dicho aforo estaba distribuido por plantas, resultando un máximo de 10.620 personas en total, a pesar de lo cual, Diviertt vendió para el evento un total de al menos 16.492 entradas²³.

Así, considerando un precio medio de 23,5€ por entrada²⁴, el beneficio económico del evento se concreta en la cantidad de 387.562€, donde el sobreaforo consistente en la venta de 6.000 entradas adicionales reportó la cantidad de 141.000€.

²² Determinándose el precio final a pagar por Diviertt en función del número real de asistentes al evento.

²³ En concreto, se vendieron 16.492 entradas antes de los hechos sin incluir, por tanto, los asistentes con invitaciones y las entradas vendidas en el propio pabellón.

²⁴ En la medida en que se vendieron entradas con precios distintos entre los 22 y los 25€.

Sin embargo, en las comunicaciones que se remitieron a los distintos organismos relacionados con el evento, entre ellos la Policía Municipal, se hizo constar que el número de asistentes previstos era de 7.000 personas, y no se mencionó la singularidad del espectáculo por la relevancia que en ese momento tenía entre los jóvenes el DJ Steve Aoki.

En consecuencia, el dispositivo policial resultó precario al no existir ninguna sospecha de un posible sobreaforo, si bien, concluye la Sala, la actuación de la policía no guardó relación con el sobreaforo y, por tanto, no influyó en el triste resultado producido²⁵.

Por otro lado, resulta fundamental señalar que los controladores de acceso que se encontraban en el interior del recinto fueron situados de manera preferente en lugares por los que, para proteger las dependencias utilizadas por la empresa promotora del evento, se impedía o dificultaba la circulación del público por espacios del recinto que el arquitecto había considerado libres para calcular el aforo máximo permitido.

Como consecuencia se impidió el paso por diversas escaleras, así como de los ocho “vomitorios” o pasillos que existen alrededor de la pista, y que son vías de evacuación de ésta, sólo estuvieron abiertos, al menos hasta después de suceder los hechos y en los momentos de mayor afluencia de público en la pista, tres de los mismos, permaneciendo cerrados los otros cinco. De forma más visual, a continuación se muestra el plano y la distribución de vomitorios en el pabellón Madrid Arena:

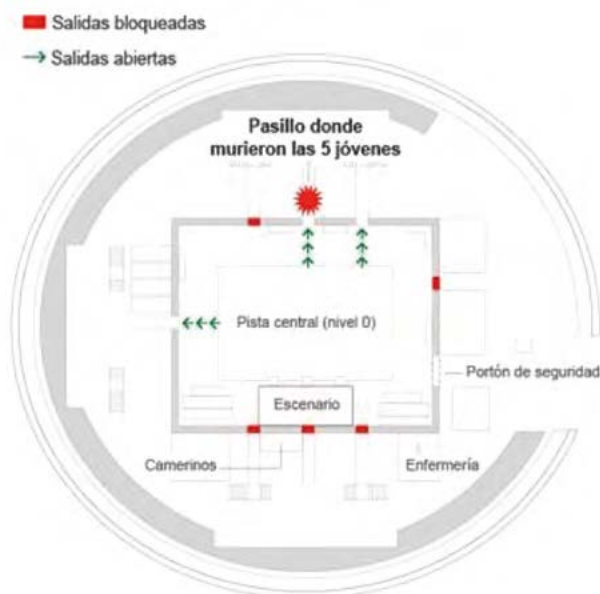


Figura 2: Plano del pabellón Madrid Arena.

²⁵ Consecuencia de ello es la absolución de Emilio Montegudo Parralejo como Jefe de la Policía Municipal de Madrid en el momento en que sucedieron los hechos.

Además, los responsables de Madridec y Diviertt intentaron conseguir una mayor agilidad en el acceso al interior del numeroso público que esperaba, mediante la entrada masiva de más asistentes por lugares distintos del previsto y que estaban considerados como salidas de emergencia, así como ordenando que se dejase de registrar al público. El resultado fue la entrada de miles de personas en un tiempo no superior a treinta minutos en la pista, que ya estaba colapsada por el sobreaforo debido a la venta de entradas en número superior al permitido.

Como consecuencia de todos los factores señalados, sobre las 3'35 horas, muchos de los jóvenes que se encontraban en la pista sintieron una sensación tremenda de agobio y de falta de control sobre sus propios movimientos, e intentaron salir por uno de los tres únicos vomitorios que estaban abiertos en ese momento. Ello produjo que el gran número de jóvenes que estaban en el interior del vomitorio perdiera el control y cayeran unos encima de otros, produciéndose en pocos segundos una montaña de personas en la que los de abajo llegaron a tener hasta siete u ocho personas encima.

Añade la Sala que las tareas de rescate de las víctimas que quedaron atrapadas en el vomitorio se realizaron de manera absolutamente descoordinada, lenta y poco eficaz, en la medida en que los controladores no estaban preparados para este tipo de situaciones ni coordinados para ello por los miembros de Diviertt, colaborando en las mismas parte de los propios asistentes.

Resultaron lesionados de diversa entidad 29 de los jóvenes que se encontraban en el interior del vomitorio (de los cuales 14 precisaron de tratamiento médico posterior a la primera asistencia facultativa para su curación; mientras que los 15 restantes sólo precisaron de una primera asistencia facultativa), y otros cinco fueron lesionados de extrema gravedad como consecuencia del aplastamiento que habían sufrido. De estos últimos cinco, dos jóvenes fueron trasladadas por el Samur a distintos hospitales, donde fallecieron en los días sucesivos.

Las tres personas restantes lesionadas de extrema gravedad fueron trasladadas a la enfermería del pabellón donde fallecieron como consecuencia de las gravísimas lesiones padecidas en el aplastamiento sufrido en el vomitorio, sin que los médicos les prestaran la asistencia médica que precisaban antes de que llegara el Samur, no resultando acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida²⁶.

3.2. El fallo: responsabilidad criminal

En definitiva, en materia de responsabilidad criminal el fallo de la Sala se concretó en la condena del presidente y administrador de hecho de la sociedad Diviertt S.L como

²⁶ Procediendo, en consecuencia, a la absolución de los doctores Simón Viñals Pérez y Carlos Viñals Larruga.

Diviertt S.L.	Presidente y admin. (MAF): 4 años prisión + accesorias Director Gral ('mano derecha' de Flores): 3 años + accesorias Jefe de personal y maitre de Diviertt: 2 años, 6 meses y 1 día de prisión + accesorias
Madridec	Coordinador de eventos del Departamento de Operaciones: 3 años prisión + accesorias Subdirector del departamento de seguridad de Madridec: Absuelto
Seguriber	Coordinador de los vigilantes de Seguriber: multa 12 meses (10€/día) = 3600€ Coordinador de los vigilantes de Seguriber: multa 12 meses (10€/día) = 3600€
Kontrol 34 S.L.	Socio mayoritario de la empresa Kontrol 34 S.L.: 2 años, 6 meses y 1 día de prisión + accesorias
	Médicos y Jefe Policía: Absueltos Homicidios + lesiones por imprudencia grave Homicidios por imprudencia menos grave

Figura 3. Responsabilidad penal en el Caso Madrid Arena.

autor penalmente responsable de cinco delitos de homicidio por imprudencia grave y de catorce delitos de lesiones por imprudencia grave²⁷, en concurso ideal del artículo 77 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio profesional de cualquier actividad en relación con la organización y celebración de eventos y/o espectáculos y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, en ambos casos, durante el tiempo de la condena, imponiéndosele la 1/15 parte de las costas del presente juicio incluidas las de las acusaciones particulares.

Por otro lado la Sala condena, en los mismos términos, al Coordinador de eventos del Departamento de Operaciones de la empresa Madridec y al Director General de la empresa Diviertt pero, en este caso, a una pena de tres años de prisión, si bien con las mismas penas accesorias que las inmediatamente mencionadas.

Por su parte, el jefe de personal y maître de Diviertt y el socio mayoritario de la empresa Kontrol 34 S.L son condenados de nuevo en idéntico términos pero variando la pena privativa de libertad, concretada en dos años, seis meses y un día de prisión, e idénticas penas accesorias a las anteriormente señaladas.

Por último, la Sala condena a dos personas que actuaron como coordinadores de los vigilantes de Seguriber como autores penalmente responsables de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos grave²⁸ todos ellos en concurso ideal, a las penas de doce meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros y la responsabilidad personal subsidiaria prevista legalmente en el art. 53 del C.P. para el caso de impago, imponiénd-

²⁷ Previstos y penados, respectivamente, en los artículos 142. 1 del C.P y 152.1.1º del C.P.

²⁸ Previsto y penados en el art. 142.2 del C.P., de acuerdo con la modificación introducida en el mismo por L.O. 1/2015 de 30 de marzo.

dosele la 1/15 parte de las costas del presente juicio incluidas las de las acusaciones particulares. En síntesis y de manera más visual, la responsabilidad penal en el Caso Madrid Arena se refleja en la siguiente Figura 3.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL

Tras haber resumido el caso objeto de estudio así como el fallo de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid nos centraremos, a los efectos que más interesan, en el examen pormenorizado de la responsabilidad civil derivada del proceso.

4.1. Responsables civiles directos

Resulta conveniente comenzar señalando que la responsabilidad civil derivada de los hechos delictivos se ejercitó, en este caso, de modo conjunto a la acción penal²⁹. En consecuencia, las personas condenadas como autores penalmente responsables de los delitos señalados por la Sala, junto con el Subdirector del departamento de seguridad de Madridec, absuelto al haber sido despenalizadas las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve de las que era responsable, deberán responder civilmente de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su conducta, indemnizando **conjunta y solidariamente** a los perjudicados, tanto por el fallecimiento de las cinco víctimas como por las lesiones que sufrieron 29 jóvenes que acudieron al evento³⁰.

En este punto es preciso hacer referencia, por tanto, al supuesto de pluralidad de responsables. Así, el tenor literal del artículo 116.2 CP establece que: “Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices”. Concluye el precepto señalando que “tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno”.

²⁹ En este sentido nos remitimos a lo dispuesto en el Capítulo I del presente trabajo relativo a las formas de reparación: responsabilidad civil derivada del delito.

³⁰ A estos efectos señala la Sala en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 488/2016 de 21 de septiembre que “todos los anteriores deben responder conjunta y solidariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 116.2 del C.P., de las cantidades que se fijen como indemnizaciones en la presente sentencia, dado que todos ellos se consideran autores y las diferencias de sus respectivas conductas ya han sido tenido en cuenta para la calificación jurídica de las mismas y, en su caso, para la determinación de la pena a imponer”.

De esta forma la correcta interpretación del citado precepto se traduce de manera que el perjudicado puede dirigirse contra uno, varios o todos los autores o cómplices del hecho delictivo por la totalidad del montante de la indemnización. El mismo precepto hace referencia a la cuota por la que cada uno de los responsables deberá responder, en aras al posible derecho de repetición en las relaciones internas si alguno de los partícipes hubiese pagado más de lo que le correspondía según su cuota³¹.

De acuerdo con jurisprudencia consolidada, en los casos en los que nos encontramos ante un único delito, siendo el grado de participación de los autores el mismo y señalada una única cantidad, deberá entenderse atribuida la responsabilidad civil por partes iguales a todos y cada uno de los acusados, pese a que la pena impuesta sea diferente entre unos y otros, tal y como sucede en nuestro supuesto de hecho³².

En cambio y, de acuerdo con ARNAIZ SERRANO, en los casos de infracciones autónomas pero confluyentes en la causación de un daño: “la jurisprudencia considera que deberá señalarse de forma explícita la cuota de resarcimiento de cada infracción, de modo que dentro de la misma y en relación con los sujetos que hayan sido declarados partícipes, se aplicarán las correspondientes reglas del CP”³³

4.2. Responsables civiles directos *ex contractu*

Por otro lado, se declara la responsabilidad civil directa o *ex contractu*, en conformidad con el artículo 117 CP³⁴, de Mapfre Seguros de Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros S.A, AIG Europe, Sucursal en España, Hiscox Insurance Company y Zürich Insurance PLC, Sucursal en España.

Por tanto se configura la posibilidad del ejercicio de la acción directa, prevista en el artículo 76 de la LCS lo cual se traduce en la solidaridad pasiva entre asegurador y asegurado, por lo que el perjudicado podrá dirigirse contra cualquiera para obtener la reparación, si bien hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, y sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

³¹ De manera que, en estos supuestos, los Tribunales deben señalar la cuota atendiendo a la relación de causalidad entre la conducta de los partícipes y la producción del daño.

³² En este sentido la STS (2ª) de 3 de diciembre de 1993 (RA 1993/9379) dispone que “cuando los diversos partícipes en el delito lo sean en el mismo grado, el señalamiento globalizado de la cuantía de la responsabilidad civil ha de entenderse por partes iguales, habida cuenta del criterio de solidaridad establecido para cada grupo de partícipes”.

³³ ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Op. cit.*, págs 266 y 267.

³⁴ Establece el artículo 117 CP: “Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

Así pues, la responsabilidad de las compañías aseguradoras encuentra dos límites, esto es, el establecido legalmente en el caso de seguros obligatorios, y el fijado convencionalmente entre tomador y compañía aseguradora en el supuesto de seguros voluntarios. En el caso concreto, debemos señalar la existencia de una obligación legal de aseguramiento impuesta por el art. 6.3 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, además de una obligación contractual en la medida en que en la cláusula octava del contrato suscrito entre Diviertt y Madridec para la celebración del evento, Diviertt se obligaba a disponer y mantener en vigor, entre otros, un seguro de responsabilidad civil frente a terceros.

De forma más concreta, se declara la responsabilidad civil directa de Mapfre Seguros de Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros S.A hasta el límite de 1.500.000 euros, con una franquicia de 300 euros, de acuerdo con la cuantía prevista en el contrato suscrito entre la citada entidad aseguradora y Diviertt S.L.

En el caso de AIG Europe se declara la responsabilidad civil directa hasta el límite de 6.000.000 de euros por siniestro y 600.000 euros por víctima, de acuerdo con la póliza de responsabilidad civil suscrita por Madridec con la referida entidad por los daños causados a terceros originados en la explotación de la actividad de dicha sociedad. Por otra parte, en la medida en que Seguriber tenía asegurada la responsabilidad civil por los daños a terceros causados por sus empleados en el ejercicio de su actividad profesional, se declara la responsabilidad civil de la entidad Hiscox Insurance Company hasta el límite de 6.020.000 euros por reclamación y anualidad con una franquicia de 1.500 euros.

Por último, requiere mención especial la declaración de responsabilidad civil directa de la entidad aseguradora Zürich Insurance PLC, en tanto el Ayuntamiento de Madrid tenía concertada con dicha entidad una póliza que cubría los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a terceros en el desempeño de su actividad profesional, con un límite de 6.000.000 de euros y de 900.000 euros por víctima. La particularidad de esta responsabilidad radica, por un lado, en la condición de bien de dominio público destinado al servicio público del Pabellón Madrid Arena (incluido en el inventario de bienes del Ayuntamiento de Madrid) y, por otro, en tanto su gestión estaba adscrita a la sociedad mercantil municipal Madridec. Así, si bien no procede la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Madrid una vez absuelto el Jefe de la Policía Municipal, señala la Sala que la adscripción a favor de Madridec ha de entenderse como un modo para mejorar la gestión de los inmuebles y no como una forma de eludir la responsabilidad de quien se beneficia de la explotación del inmueble de forma que, en definitiva, la gestión adjudicada a Madridec no puede hacer desaparecer la responsabilidad locativa del Ayuntamiento que establece el art. 120.3 del C.P. Declarada la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Madrid procede, por tanto, declarar la responsabilidad civil directa de la entidad Zürich Insurance PLC.

Con todo, no podemos dejar de lado el derecho de repetición de las compañías aseguradoras, previsto en los artículos 117 CP y 76 LCS, en la medida en que las mismas pueden repetir contra quienes proceda en aquellos casos en los que se hayan visto obligadas a pagar sin estar obligadas a ello en virtud de la póliza, o bien hayan pagado cuando el siniestro se origine mediante conducta dolosa del asegurado.

En este punto, por tanto, la problemática se encontraría en discernir si en el supuesto de hecho concreto cabría el derecho de repetición por las compañías aseguradoras al haberse originado el siniestro por una conducta dolosa o delictiva de los asegurados, si bien la calificación que realiza el órgano de enjuiciamiento de los hechos delictivos es de homicidio y lesiones imprudentes y no dolosos.

En todo caso, y a los efectos que más interesan, lo que resulta claro es el hecho de que las aseguradoras no pueden oponer el carácter doloso de los resultados frente a las víctimas³⁵, de manera que deberán afrontar el pago a las mismas sin perjuicio de su derecho posterior de repetir lo que significa, en definitiva, que deben ser las aseguradoras las que soporten el riesgo de insolvencia del autor o asegurado y nunca la víctima³⁶.

En concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS en sentencias como la 365/2013 de 20 de marzo, se desprenden inequívocamente tres premisas del artículo 76 LCS, que rige para todos los seguros de responsabilidad civil:

- I. El tercero perjudicado tiene acción directa frente a la aseguradora también cuando hay una actuación dolosa.
- II. La aseguradora no puede oponer frente a la pretensión del perjudicado la *exceptio doli*.
- III. Sí tiene derecho para repetir contra el asegurado.

En definitiva, habiendo acreditado la imposibilidad de las aseguradoras de la interposición de la *exceptio doli* frente al tercero perjudicado para eludir el pago de la responsabilidad civil, parece lógico que esta prohibición se extienda a los supuestos de imprudencia de manera que, en definitiva, en la actuación jurídica de la póliza prima en todo caso la eficacia del seguro como mecanismo de tutela de los derechos de las víctimas y los perjudicados.

³⁵ En este sentido y de acuerdo con el tenor literal del artículo 76 LCS *in fine*: "La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

³⁶ Tal y como señala la STS 365/2013 de 20 de marzo.

4.3. Responsables civiles subsidiarios

Por último se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Diviertt S.L., Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio S.A. en sustitución de Madrid Espacios y Congresos S.A., Seguriber S.L.U., Kontrol 34 S.L., y del Ayuntamiento de Madrid.

El fundamento de esta clase de responsabilidad se concreta, por tanto, en la búsqueda de un patrimonio solvente para hacer frente a la reparación de los daños causados, cuando resulte imposible hacer efectiva la responsabilidad civil en los obligados de forma directa a la reparación del daño por insolvencia total o parcial de los mismos.

En primer lugar y de acuerdo con el artículo 120.4 CP, encontramos como responsables civiles subsidiarios a todas las sociedades para las que prestaban sus funciones en el evento los condenados por los delitos³⁷. Se trata, por tanto, de la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus empleados, es decir, una responsabilidad por hecho ajeno donde, sin haber cometido el hecho delictivo, deben responder civilmente por los perjuicios que del mismo se deriven al tener el control o tutela sobre los que cometieron el ilícito³⁸.

De esta forma, se declara la responsabilidad civil subsidiaria de las referidas sociedades de acuerdo con la teoría de la creación del riesgo seguida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS³⁹, de acuerdo con la cual, los parámetros de imputación que vertebran esta clase de responsabilidad civil deben ensancharse en su interpretación, alcanzando a quienes se benefician de actividades que puedan entrañar un riesgo para terceros⁴⁰.

En lo referente a la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Madrid, como ya se adelantó, si bien se absuelve al Jefe de la Policía Municipal de Madrid, la Sala sostiene que el pabellón Madrid Arena es un bien de dominio público propiedad del Ayuntamiento de Madrid pese a la adscripción para su gestión a la entidad Madriddec. En consecuencia, la gestión adjudicada a Madriddec no hace desaparecer la responsabilidad locativa del Ayuntamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 120.3 CP⁴¹.

³⁷ En conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.4 CP: "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

³⁸ ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Op.cit.*, pág 410.

³⁹ En este sentido la sentencia 865/2015 de 14 de enero de 2016 de la Sala Segunda del TS (Caso Prestige) establece que: "Las dos notas que vertebran la responsabilidad civil subsidiaria son: a) Que exista una relación de dependencia entre el autor del delito y el principal, sea persona física o jurídica, para quien trabaja; y b) que el autor actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque extralimitándose de ellas".

⁴⁰ De acuerdo con las SSTs 1491/2000 de 2 de octubre; 948/2005 de 19 de julio, o más recientemente 348/2014 de 1 de abril y 413/2015 de 30 de junio.

⁴¹ Donde se establece la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de los establecimientos por los hechos delictivos que se cometan en el establecimiento, siempre que por ellos mismos o sus empleados haya mediado infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad relacionados con el hecho punible, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

En este sentido debemos señalar la jurisprudencia seguida por la Sala 2ª del TS en sentencias como la 391/2012 de 17 de mayo de acuerdo con la cual la responsabilidad civil subsidiaria del propietario del establecimiento es considerada “de carácter cuasi objetivo y tendente esencialmente a la satisfacción de las víctimas del delito en cuanto a los perjuicios económicos sufridos en los que tuvo intervención el abandono por parte del titular del establecimiento de sus deberes en orden al cumplimiento por sus dependientes o empleados de los reglamentos o disposiciones ”.

4.4. Cuantía de las indemnizaciones

En lo que se refiere a la fijación de las cuantías de las indemnizaciones para las víctimas y lesionados, las partes solicitaron la aplicación de diferentes criterios. Por un lado, las entidades aseguradoras y el Ministerio Fiscal solicitaron la aplicación de los baremos previstos para los accidentes de circulación en distintos periodos temporales, mientras que las acusaciones particulares alegaron la normativa y directivas europeas relativas a las indemnizaciones para los supuestos de accidentes aéreos, así como la aplicación de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (LEPAR) tras la reforma introducida en la misma por la Ley 4/2013, de 18 de diciembre.

Comenzando con las indemnizaciones correspondientes a las familias de las cinco fallecidas, la Sala atiende a las circunstancias personales de cada una de las familias así como a la gravedad y entidad de los hechos, en aras a resarcir el daño moral o precio del dolor de las mismas, habida consideración de la dificultad de cuantificar este tipo de indemnizaciones⁴².

De forma más concreta, la cuantía de las indemnizaciones se estableció de la siguiente forma: 250.000€ para los padres de cada una de las víctimas, 300.000€ para el caso de hija única⁴³ y, atendiendo a su vez a las particularidades de cada hermano de las víctimas, 90.000€ para el caso de única hermana y 100.000€ para el caso de hermana menor de edad.

En conclusión, las cantidades totales de indemnización fijadas para cada familia atendiendo, como ya hemos señalado, a las circunstancias concretas de los padres y hermanos de las fallecidas, e incluyendo en su caso los gastos de sepelio y hospitalización, se concretan en las siguientes cantidades:

⁴² En este punto resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1997 la cual establece que: “no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones”.

⁴³ Criterio que es adoptado también en el art. 75 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Familia de las fallecidas	Cuantía de la indemnización	Circunstancias personales
Familia 1	340.000€	<ul style="list-style-type: none"> • Padre viudo (250.000€) • Hermana única (90.000€)
Familia 2	340.000€	<ul style="list-style-type: none"> • Padres (250.000€) • Hermana única (90.000€)
Familia 3	303.208,39€	<ul style="list-style-type: none"> • Padres (300.000€ por ser hija única) • Gastos sepelio (3.208'39€)
Familia 4	490.349,63€	<ul style="list-style-type: none"> • Padres (250.000€) • Hermana menor edad (80.000€) • Resto hermanos mayores (31.634'69 € para cada) • Gastos sepelio (2.176'18€)
Familia 5	357.699,77€	<ul style="list-style-type: none"> • Padres (250.000€) • Hermana única y menor (100.000€) • Sepelio y hospitalización (7.699,77€)

Figura 4: Cuantía de las indemnizaciones.

En definitiva, las indemnizaciones dictadas para las familias de las cinco fallecidas se sitúan en un rango de entre 300.000 y 490.000€.

Por otro lado, corresponde a la entidad ASISA la indemnización de la cantidad de 48.374,45 euros, con motivo de la asistencia sanitaria prestada a una de las fallecidas en la Fundación Jiménez Díaz.

Por último la Sala declara las indemnizaciones correspondientes a los lesionados en el evento comprobando las lesiones y secuelas que padeció cada uno de ellos de conformidad con los informes médicos forenses relativos a los mismos, así como el sufrimiento padecido en el evento por cada uno de los perjudicados. En concreto, la cuantía de las indemnizaciones se situó en un rango entre los 259€ y los 34.327€.

En lo relativo a los intereses, las cantidades anteriormente referidas devengan intereses de acuerdo con el artículo 576 LEC y, además, se impone a las entidades aseguradoras los intereses moratorios previstos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al no haber consignado, o no haberlo hecho de forma suficiente o en el plazo previsto, las cantidades destinadas al pago en beneficio de los perjudicados.

En lo referente a las costas procesales⁴⁴, éstas se entienden impuestas por Ministerio de la Ley a los criminalmente responsables en la proporción de 1/15 de las costas del procedimiento para cada uno de ellos.

En síntesis y de manera más visual, la configuración de la responsabilidad civil en el Caso Madrid Arena se refleja en la siguiente figura:

⁴⁴ A tenor de lo preceptuado en el artículo 123 del Código Penal y en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Responsables civiles subsidiarios	Compañías aseguradoras. Responsables civiles directos
Diviertt S.L.	Presidente y administrador de hecho. Director General Jefe de personal y maitre de Diviertt Mapfre
Madridec (Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A.)	Coordinador de eventos del Departamento de Operaciones Subdirector del departamento de seguridad de Madridec AIG Europe
Seguriber	Coordinador de los vigilantes de Seguriber Coordinador de los vigilantes de Seguriber Hiscox
Ayuntamiento Madrid	Zurich
Kontrol 34 S.L.	Socio mayoritario de la empresa Kontrol 34 S.L

Figura 5. Responsables civiles en el Caso Madrid Arena.

5. LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Para finalizar y a modo de conclusión, tras el análisis pormenorizado del caso Madrid Arena y de las responsabilidades tanto penales como civiles derivadas del mismo, corresponde a continuación dilucidar cómo se articula, a los efectos que más interesa, la reparación de las víctimas en un proceso como el que hemos estudiado.

En este sentido, al hablar de ‘víctimas’ nos referimos tanto a los 29 lesionados o agravados en el trágico evento, como a los familiares de las cinco fallecidas entendidos como víctimas indirectas en conformidad con el concepto unitario de víctima consagrado en el ya mencionado EVD.

En primer lugar, si bien no podemos dejar de resaltar el carácter irremplazable e irreparable de la pérdida sufrida por los familiares de las cinco jóvenes fallecidas, la reparación de las víctimas en el supuesto concreto se articula a través de dos vías: por un lado, a través de la condena de los responsables de los hechos desencadenantes del fatídico suceso y, de otro, mediante una indemnización económica a las víctimas.

Sin embargo, el fallo de la Sección Séptima donde se resolvían ambos extremos no ha resultado satisfactorio para las familias de algunas de las fallecidas⁴⁵, quienes han interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurriendo tanto la absolución del personal médico del evento, como las indemnizaciones fijadas por la Sala.

Por su parte, los condenados -en situación de libertad provisional hasta la adquisición de firmeza por la sentencia- y las entidades aseguradoras declaradas responsables civiles directas, también han recurrido la sentencia.

⁴⁵ En concreto, para dos de las familias de las víctimas atendidas por el personal médico contratado para el evento del Madrid Arena.

Comenzando con las responsabilidades penales fijadas por la Sala, la opinión mayoritaria se traduce en una disconformidad acerca de las condenadas fijadas, considerándolas bajas en proporción a las 5 jóvenes de entre 17 y 20 años fallecidas y los 29 lesionados como consecuencia del evento.

A este respecto la Sección Séptima de la AP recalca que los hechos enjuiciados constituyen diferentes delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave todos ellos en concurso ideal por lo que, en conformidad con el artículo 77 CP, se debe imponer a los responsables una única pena por todos ellos. En concreto, se establece la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, esto es, una pena de prisión con una extensión de dos años, seis meses y un día a cuatro años por todos los delitos que forman el concurso.

En este sentido, la duración de las penas impuestas en la sentencia, siendo la máxima de 4 años de prisión, cobra especial importancia en lo relativo al mecanismo previsto en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria sobre la clasificación en grados de los condenados.

Así, en nuestro sistema penitenciario existen distintos regímenes de cumplimiento de las penas impuestas, que transcurren desde el primer grado o régimen cerrado hasta la libertad condicional⁴⁶.

En concreto, el artículo 36.2 CP permite que cuando la condena del responsable sea inferior a cinco años de prisión, como sucede en nuestro supuesto, no se exija para la concesión del tercer grado el requisito de haber cumplido la mitad de la pena impuesta o 'periodo de seguridad'.

Concretamente, el tercer grado o régimen abierto consiste en la semilibertad del penado, orientado a potenciar las capacidades de inserción social del mismo, estableciéndose unos horarios de entrada y salida del centro penitenciario y un tiempo de estancia mínimo del penado en el mismo⁴⁷.

En conclusión, resulta comprensible que las acusaciones en nuestro supuesto de hecho hayan planteado el recurso de casación ante el TS solicitando un aumento de las penas de los acusados, en la medida en que al no superar las penas impuestas en la sentencia los 5 años de prisión, existen posibilidades de que los responsables del Madrid Arena puedan reducir considerablemente su tiempo efectivo en prisión mediante el sistema de la clasificación en grados.

En lo relativo a la indemnización económica, frente a la insolvencia tradicional de los que podemos considerar 'delincuentes habituales', la particularidad del caso Madrid Arena es la presencia de las entidades aseguradoras como responsables civiles directas.

⁴⁶ Distinguiendo el primer grado como régimen cerrado y más restrictivo, el segundo grado o régimen ordinario, el tercer grado o semilibertad y, por último, la libertad condicional, de acuerdo con el artículo 72 LOGP.

⁴⁷ Si bien el tercer grado admite otras modalidades de cumplimiento como la localización a través de medios telemáticos, todo ello en conformidad con lo dispuesto en el vigente Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, donde se recogen las diferentes modalidades de cumplimiento en Régimen Abierto.

En concreto, en la totalidad de las ejecutorias correspondientes a los años 2013 a 2015 analizadas en la AP podemos afirmar, por un lado, que en un 43% de los casos todos los declarados responsables civiles son insolventes y, por otro lado, que únicamente en un 3% el pago de las indemnizaciones lo realiza persona distinta al condenado, lo que de forma visual se refleja en los gráficos siguientes:



Figura 6. Declaración de insolvencia en las ejecutorias AP.

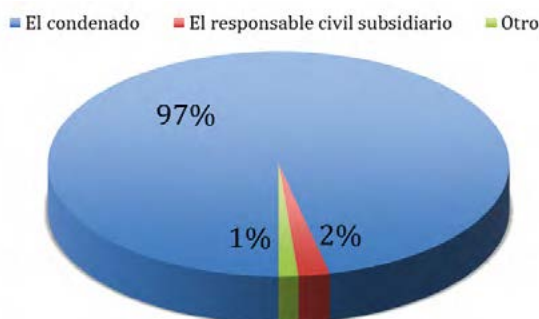


Figura 7. Personas que realizan los pagos en ejecutorias AP.

Así, en nuestro caso objeto de estudio, la presencia de responsables civiles directos solventes, como son las entidades aseguradoras, permite vaticinar que las víctimas serán indemnizadas.

En este sentido, es también una particularidad del Caso Madrid Arena la adopción de las medidas cautelares en instrucción y la labor de aseguramiento de la posible responsabilidad civil llevada a cabo por el órgano instructor.

En particular, de nuestra base de datos se desprende que únicamente en un 15% de las ejecutorias estudiadas en la AP correspondientes al periodo 2013-2015 se adoptaron medidas cautelares patrimoniales, mientras que un 85% de los casos no se adoptó ninguna medida orientada a tales efectos.

En consecuencia, la responsabilidad está siendo y será satisfecha por las entidades aseguradoras, conjunta y solidariamente, hasta el límite de las pólizas y sin perjuicio del derecho de repetición en las relaciones internas entre aseguradoras.

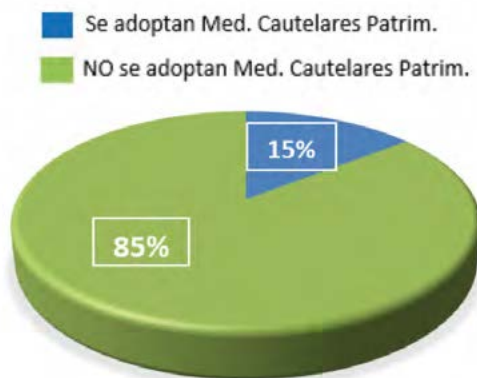


Figura 8. Adopción de medidas cautelares patrimoniales en ejecutorias de la AP.

En concreto, con anterioridad a la apertura del juicio oral se consignó únicamente por Mapfre un total de 603.265'89 € restando por satisfacer la cantidad de 1.503.734 € del total de las indemnizaciones dictadas por la Sala y que se concretan en la cantidad de 2.107.000€.⁴⁸

Así, si dividimos el total de indemnizaciones entre las cuatro entidades aseguradoras, debiendo entenderse atribuida la responsabilidad civil por partes iguales a todos y cada uno de los asegurados pese a que la pena impuesta sea diferente entre unos y otros, como adelantamos anteriormente en el estudio de la responsabilidad civil, corresponde a cada aseguradora el pago de 526.750€⁴⁹.

De manera más visual, la cuantía de las indemnizaciones, el límite de las distintas aseguradoras y las cantidades satisfechas y pendientes de satisfacer se reflejan en la siguiente figura:

Cuantía de las indemnizaciones debidas/consignadas

Cuantía APROX indemnizaciones familias fallecidas + lesionados = **2.107.000€**.

Total consignado (hasta fecha sept 2014) = **603.265'89 €**

FALTA POR SATISFACER= **1.503.734 €**

⁴⁸ Sin incluir costas ni intereses moratorios.

⁴⁹ Sin que en ningún caso se supere, por tanto, el límite fijado en las respectivas pólizas.

Límites de los seguros de responsabilidad civil de las distintas entidades	
Diviertt	Límite: 1.500.000 euros para el total de las víctimas afectadas (con una franquicia de 300 euros). Consignado: 603.265'89 euros
Mapfre	
Madridec	Límite: 6.000.000 de euros por siniestro y 600.000 euros por víctima. Afianzado: 195.139,55 euros
AIG Europe	
Seguriber	Límite: 6.020.000 euros por reclamación y anualidad (con una franquicia de 1.500 euros). Afianzado: 195.139,55 euros
Hiscox	
Ayuntamiento de Madrid	Límite: 6.000.000 de euros y de 900.000 euros por víctima. Afianzado: 195.139,55 euros
Zurich	

Figura 9. Cuantía y límites de la responsabilidad civil.

En consecuencia, las aseguradoras deben hacer frente al pago restante de las indemnizaciones dictadas a tenor de lo preceptuado en los artículos 117 CP y 76 LCS, sin perjuicio del derecho de repetición de aquellas aseguradoras que adelanten o soporten una cuota de indemnización superior a las que les corresponde frente al resto de aseguradoras, y sin perjuicio del derecho de repetición asegurador-asegurado de acuerdo con las condiciones particulares de cada póliza de seguro.

En síntesis, a la espera de la resolución del recurso de casación por la Sala de lo Penal del TS⁵⁰, y en cuanto la sentencia adquiera firmeza, se iniciará la fase ejecutiva y podremos conocer el desenlace del litigio y la consiguiente reparación de las víctimas.

CONCLUSIONES

Frente a la insolvencia tradicional de los que podemos considerar 'delincuentes habituales', la particularidad del caso Madrid Arena es la presencia de entidades aseguradoras solventes como responsables civiles directas. Así y, en concreto, únicamente en un 3% de la totalidad de ejecutorias estudiadas en la AP el pago es realizado por persona u entidad distinta al condenado.

Además, es también una particularidad del caso Madrid Arena la adopción de las medidas cautelares en instrucción y la labor de aseguramiento de la posible responsabilidad civil llevada a cabo por el órgano instructor, frente al 85% de las ejecutorias de

⁵⁰ Donde la Sala Segunda del TS tarda una media de 6,4 meses en resolver un recurso de casación, de acuerdo con las conclusiones de la primera inspección realizada en el órgano, ordenada por su presidente Carlos Lesmes e iniciada en mayo de 2015.

la totalidad de delitos en la AP y el 87% de los casos de delitos de lesiones, donde no se adoptaron tales medidas.

En definitiva, transcurridos cuatro años desde la tragedia del Madrid Arena – periodo concordante con el tiempo medio que transcurre desde la fecha de comisión del ilícito hasta la fecha de sentencia firme en los delitos de lesiones estudiados en la AP- en el mes de septiembre de 2016 las víctimas del Madrid Arena conocieron la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, recurrida ante el TS tanto por la absolución del personal médico del evento como por la cuantía de las indemnizaciones.

A la espera de la resolución del recurso de casación, es posible afirmar que las víctimas del Madrid Arena serán indemnizadas en su totalidad, frente a las víctimas de delitos de lesiones en ejecutorias de la AP, donde únicamente en un 21,8% de los casos las indemnizaciones dictadas fueron satisfechas en su totalidad.

En cualquier caso, resulta indudable la pérdida irremplazable de las víctimas del Madrid Arena, donde el sobreaforo del espectáculo reportó la cantidad adicional de 141.000 € y costó la vida de cinco jóvenes con edades comprendidas entre los 17 y los 20 años, frente al perfil mayoritario de víctimas varones con edades comprendidas entre los 25 y 39 años en el caso de las víctimas de delitos de lesiones en ejecutorias AP.

Con todo, pese a la irrupción de la víctima en las legislaciones modernas, resulta innegable el olvido hacia la reparación de las mismas y, en general, hacia la fase de ejecución del proceso penal. Al margen de los supuestos excepcionales donde, como sucede en el caso Madrid Arena, entran en juego los mecanismos de la responsabilidad civil *ex contractu*, en la generalidad de delitos “comunes” la realidad se traduce en la insolvencia de los responsables y la ausencia de reparación de las víctimas quienes, pese a manifestar su descontento con la administración de justicia, siguen acudiendo a la misma para la resolución de sus conflictos.

En conclusión, y más allá de las medidas asistenciales o ayudas por vía administrativa que concede el Estado a las víctimas de delitos violentos, es necesaria una labor de concienciación de la comunidad en lo que se refiere a la reparación de las víctimas, de manera que se consoliden nuevas formas de reparación al margen del “congestionado” proceso penal, que trasciendan el mero carácter económico de la reparación, y que, centrándose en las víctimas, eviten el riesgo de victimización secundaria, como son las denominadas fórmulas autocompositivas.

COMENTARIO FINAL

Como se expuso a lo largo de las líneas anteriores, el presente capítulo se llevó a cabo con anterioridad a la resolución del recurso de casación interpuesto ante el TS y con la información obtenida hasta dicho momento.

En concreto, la sentencia de la AP que puso fin al ‘caso Madrid Arena’ fue recurrida tanto por los acusados y algunas de las entidades en las que trabajan o prestaban sus servicios, como por algunas familias de las víctimas fallecidas y por las entidades aseguradoras intervinientes en el litigio.

El recurso de casación fue resuelto por el TS mediante la STS 805/2017 de fecha 11 de Diciembre de 2017, en la que se desestimaron la generalidad de los motivos propuestos⁵¹, incluidos los formulados por las entidades aseguradoras a efectos de la responsabilidad civil, pero con dos salvedades.

Así, la STS destaca, por un lado, por dejar sin efecto los intereses moratorios que se habían declarado por la AP a favor de la entidad ASISA y, sobretodo, por los recursos relacionados con la asistencia médica.

En concreto, el TS considera que el médico principal que intervino en el evento incrementó con su comportamiento negligente el riesgo permitido, contribuyendo al resultado de muerte respecto de una de las jóvenes que fue trasladada a la enfermería, condenándole, en consecuencia⁵², como autor criminalmente responsable de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte en la modalidad de imprudencia profesional⁵³, a una pena de un año y medio de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico por un período de cuatro años.

Por último y en lo referente a la responsabilidad civil, se declara la responsabilidad civil directa del mismo en relación a la indemnización de 340.000€⁵⁴ a favor de la familia de la fallecida, en concurrencia directa con los demás responsables del mismo orden directo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAIZ SERRANO, Amaya, *Las partes civiles en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *QUESTIONI SUL PROCESO PENALE*, Bologna: Dott. Cesare Zuffi, 1950. Cuestiones sobre el proceso penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1960.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 7ª edición actualizada con la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

⁵¹ Por infracción de Ley, de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma.

⁵² Reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva.

⁵³ Tipificado en el art. 142 del Código Penal

⁵⁴ Ver figura 4 del presente capítulo.

- FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores. *La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*. Ponencia CGPJ, 2012.

Otras referencias

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 488/2016 de 21 de septiembre.
- Auto transformación de 29 de agosto de 2014, Juzgado de Instrucción n° 51 Madrid, diligencias previas procedimiento abreviado 7279 /201.
- Auto apertura del juicio oral de 15 de abril de 2015, Juzgado de Instrucción n° 51 Madrid, diligencias previas procedimiento abreviado 7279 /201.
- El Mundo, Diario online. Plano del Pabellón Madrid Arena. Madrid, 14 de abril 2012. Noticias Madrid: Madrid Arena. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/12/13/madrid/1355431304.html>

Capítulo XV

LA REPARACIÓN EN EL PROCESO DE MENORES

Miriam López-Terradas Paniagua

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

1.1. Planteamiento general y antecedentes históricos

En la jurisdicción de menores del ordenamiento jurídico español, la responsabilidad civil no ha estado vinculada, a lo largo de los años, con el proceso penal contra el menor por los daños cometidos. De esta forma, lo que se ha hecho ha sido excluir de dicho procedimiento toda responsabilidad civil, haciendo que la víctima tuviera que acudir al procedimiento ordinario para lograr el resarcimiento.

Esta exclusión se ha visto reflejada, hasta la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores, en todos los textos legales precedentes, como el Real Decreto de 10 de julio de 1919 regulador del Reglamento Provisional para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Niños y sus posteriores modificaciones. Sin embargo, en estos textos legales se preveía que el Tribunal de Menores pudiera ejercer un papel de mediador, lo que significa que la resolución de proceso penal de menores tuviera fuerza ejecutiva ante la jurisdicción civil ordinaria.

En el Derecho Penal ordinario de nuestro país, el hecho de que la acción civil se ejercitara de forma independiente a la penal en la regulación de menores suponía una gran excepción, ya que en el mismo, ambas acciones se podían, y se pueden, ejercer de forma conjunta, lo cual no sucede en otros países vecinos como Francia. El motivo de dicho ejercicio conjunto se remonta a 1822 con el primer Código Penal, el cual fue aprobado setenta años antes que el Código Civil, por lo que fue en este primero en el que se regularon las normas de responsabilidad civil derivadas de delito.

A pesar de las exclusiones a la responsabilidad civil que estaban presentes en los diferentes textos legales, no fue hasta la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, de Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores cuando se pudo ver una exclusión total del ejercicio de la acción civil a los perjudicados. En la misma, se suprimió la transacción ju-

dicial, la cual si estaba prevista en leyes anteriores, esto es que los particulares no podían interponer ninguna clase de acción, ni civil ni penal. El motivo de dicha exclusión total estaba en que se pensaba que el proceso de menores debía tener un único fin educativo, alejado de cualquier interés particular, de modo que en esta etapa la víctima no cobraba importancia alguna, impidiéndole cualquier acceso en el procedimiento.

En el año 2000, pasados ocho años de la aprobación de la LO 4/1992, se aprobó la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), la cual abre paso a un sistema en el que el menor debe responsabilizarse de sus actos, y en el que la víctima puede participar en el proceso penal, incluso interponer la acción civil. Esta Ley, en sus dieciséis años de vigencia, ha sufrido modificaciones, la más importante la LO 8/2006 en la que, por fin, se permite la acción conjunta de las acciones civil y penal en proceso penal de menores, lo que hace que se asimile más a la regulación de adultos.

Las modificaciones por las que ha pasado esta Ley, y que serán analizadas con más profundidad en posteriores apartados, vienen motivadas por las críticas que han ido surgiendo relacionadas con el trato diferente que se daba a las víctimas de un delito, según la edad del autor.

Además de las numerosas críticas, el marco jurídico europeo, que vela por la protección de las víctimas, ha tenido gran influencia en nuestro sistema. Así, el Consejo de Europa trató el asunto de la indemnización a las víctimas en la Resolución 27 sobre indemnización a las víctimas del delito en 1977, y a partir de este momento, el interés por la protección al perjudicado fue en aumento con la redacción de la Declaración de los Principios Generales de Justicia para las Víctimas de criminalidad y los abusos de poder de la Resolución General de la ONU, en la que se establece el derecho que tienen las víctimas a la reparación, así como el acceso de las mismas a los procedimientos. Otros textos legales europeos como el Proyecto de Reglas Mínimas de la ONU (1992) o la Directiva 2004/80 del Consejo de Europa (2004), tienen los mismos objetivos que dicha Resolución, de forma que persiguen que en todos los países Miembros de la UE las víctimas puedan recibir indemnización derivada de delito.

Lo expuesto hasta ahora nos ha llevado a un sistema en el que, incluso la jurisdicción de menores, evite lo que se denomina la “victimización secundaria de la víctima”¹, es decir, a parte de los daños y del sufrimiento al que ha sido sometido por el autor del delito, se le obliga, si quiere recibir reparación del daño, a acudir a un proceso civil, que es posterior al penal, en el cual, además, no ha podido participar, y esto se ha hecho posible gracias a la actual LORPM.

¹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. La víctima: su protección en el derecho comparado. Especial referencia a los programas asistenciales. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, 2000. Ministerio de Justicia

1.2. Ley Orgánica 5/2000: ejercicio independiente de las acciones civil y penal

En la original LORPM se estableció un sistema de doble de acción de ejercicio independiente. Así podemos diferenciar un expediente principal de reforma donde se ejercitaría la acción penal, y una pieza separada de responsabilidad civil, en la que se ejercitaría la civil. Sin embargo, el perjudicado también tenía la posibilidad de ejercer la acción civil en la jurisdicción ordinaria.

El motivo de este ejercicio separado de ambas acciones se encuentra en la redacción originaria del artículo 25 de la LORPM, es decir, antes de su posterior modificación a través de la LO 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal. En la misma, se establecía una participación limitada del perjudicado en el expediente principal de reforma, concretamente solo podrían participar los perjudicados por delitos graves, cuyo autor fuera mayor de dieciséis años (y menor de dieciocho). Además, la participación del perjudicado, en dichos casos, se reducía a la de un mero coadyuvante sin posibilidad de ejercer acción penal, es decir, únicamente podía determinar los hechos. Es por ello que el legislador consideró necesario crear un sistema en el que la acción civil se ejercitase de forma independiente en una pieza separada de responsabilidad civil. Sin embargo, hubiera sido recomendable que, en los casos en los que el perjudicado pudiese participar en el proceso penal, aunque fuese de la forma tan limitada que ya se ha explicado, éste hubiese podido ejercer la acción civil dentro del expediente de reforma, ya que si lo que el legislador pretendía era evitar la confrontación entre la víctima y el autor, lo que estaba originando en esos casos, era una doble confrontación entre ambos, primero en el proceso penal y posteriormente en el civil.

Este sistema de doble acción ejercitada de forma independiente en la primera redacción de la LORPM fue objeto de numerosas críticas², todas ellas enfocadas a la incoherencia de la pieza separada de responsabilidad civil y a la limitación de la participación de los perjudicados en el expediente de reforma. Así, a modo de ejemplo, en el año 2001 en Madrid, en las Jornadas de Jueces sobre Menores “*Sobre la responsabilidad penal de los Menores*” se llegó a la siguiente conclusión: “Solicitar la supresión de la regulación de la pieza de responsabilidad civil en los términos en los que aparece en los artículos 61 a 64 de la LORPM, ya que se entiende que es un completo disparate procesal y en su lugar se propone como alternativa una regulación similar a la establecida en la LECrim para la posibilidad del perjudicado de ejercer la acción civil en el proceso penal”³.

A pesar de todas las críticas recibidas por este sistema, y que no se han podido plasmar en su totalidad en este punto, cabe decir que también aportó en su momento grandes avances en el sistema de responsabilidad civil derivado de delitos cometidos

² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. El Título VIII de la Ley Penal de Menores. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, 2003.

³ ALBERT PEREZ, Silvia. Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometidos por menores de edad. Granada: Comares, 2007.

por menores de edad. En primer lugar, impulsó la participación del perjudicado en el proceso penal, aunque estuviera limitado a los casos en los que el delito fuera muy grave y estuviera cometido por mayor de dieciséis años; y en segundo lugar, la LO 5/2000 en su artículo 61. 1 legitimaba al Ministerio Fiscal para que ejerciera la acción civil, siempre que el perjudicado no lo hiciera. Esto último daba por sentado que la LORPM reconocía el interés público que suponía que las víctimas de un delito cometido por menores de edad fueran satisfechas económicamente.

1.3. Ley Orgánica 15/2003: reforma del artículo 25

Las numerosas críticas recibidas por la LO 5/2000 dieron paso a una primera modificación de la misma a través de la nueva redacción que se dio al artículo 25 de dicha ley como consecuencia de la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2003.

Con la nueva redacción del artículo en cuestión no se llevó a cabo modificación alguna en el sistema de exigencia de responsabilidad civil. De forma que seguía existiendo, por un lado, el expediente de reforma y, por otro, la pieza separada de responsabilidad civil, y por ende, un ejercicio independiente de las acciones civiles y penales, que era realmente a lo que la mayoría de las críticas hacían alusión. Lo que se modificó fue la participación de la víctima en la jurisdicción de menores, estableciendo un nuevo sistema de ejercicio de la acusación particular, en la que se puso de manifiesto el fracaso de la figura del coadyuvante que no podía ejercer la acción penal, y también que era del todo injustificable que la víctima fuese tratada de diferente manera dentro del proceso penal si el culpable del delito era menor de edad.

De esta forma, el nuevo artículo 25 quedaría redactado como se plasma a continuación:

“Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.

- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.”

Esto se traduce en dos cambios. En primer lugar, la participación en el expediente de reforma no se limita a la víctima de un delito grave cometido por menor mayor de dieciséis años, sino que esta participación se extiende a las víctimas de cualquier delito cometido por menor de edad, además de a sus padres, herederos o tutores, en caso de que dicha víctima fuera menor o incapaz. Y en segundo lugar, la participación de dichas personas no queda reducida a la figura de un mero coadyuvante que no puede ejercer acción penal, sino que participará como una verdadera acusación particular pudiendo ejercer los derechos y facultades que establece el artículo 25 y que ya han sido mencionadas en este apartado.

1.4. Ley Orgánica 8/2006: ejercicio acumulado de acciones

Como se ha dicho en anteriores epígrafes, las críticas a la original LORPM eran numerosas, y la reforma operada en el artículo 25 de la misma, aunque supusiera un avance, no fue suficiente para acallar las mismas. Es por esto, que cinco años después de que entrara en vigor, la Ley sufrió grandes modificaciones en diferentes aspectos, con la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de los cuales el que nos interesa en este momento es el que afecta al ejercicio de la acción civil de la víctima.

Con la reforma del artículo 64⁴ de la Ley se abre paso a un proceso penal de menores en el que se reconoce un sistema de ejercicio acumulado de las acciones penal y civil en el expediente de reforma, en beneficio de los perjudicados. Es decir, con dicha modificación lo que se hizo fue trasladar al proceso de menores lo que es un rasgo muy significativo del proceso penal español, así como de otros países como Francia o Alemania. Este nuevo

⁴ ALBERT PEREZ, Silvia. “La responsabilidad civil derivada del delito en el proceso penal de menores”. En: Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometidos por menores de edad. Granada: Comares, 2007. P 1-13.

sistema ha llevado consigo la modificación de otros muchos artículos de la Ley para poder tramitar a la vez y de forma correcta y conectada la pretensión civil y la penal.

Así, con esta reforma, se acabó con el sistema implantado por la LO 5/2000, ya explicado en anteriores epígrafes, y por tanto, con el ejercicio independiente de la acciones, lo que hacía que se concluyeran los procesos con dos sentencias diferentes entre sí, que en algunos casos podían llegar a ser incluso contradictorias. De esta forma, lo que se pretendió es que dos pretensiones jurídicamente heterogéneas, por tener la penal naturaleza pública y la civil privada, y además por estar basadas en diferentes intereses, se tratasen de forma conjunta, aprovechando la realización de los mismos trámites, aunque se debieran emplear diferentes reglas.

Este nuevo sistema conlleva importantes ventajas sobre el anterior, que se traducen todas ellas en un mayor beneficio a la víctima y que pueden ser resumidas en lo siguiente: concisión, evitando pronunciamientos contradictorios; concentración, suponiendo una vía más rápida y eficaz para el perjudicado; y economía procesal.

Sin embargo, se podría decir que, a pesar de estas ventajas, que se han descrito brevemente, se encuentra un pequeño inconveniente, que es la complejidad del proceso, lo que puede reducir la celeridad del mismo, aspecto muy importante que ha sido tratado ya por el Tribunal Constitucional en sentencias tales como la 153/2005 en la que se pronunció indicando que “la tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor, porque las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos pierden, por el retraso del órgano judicial, su pretendida eficacia, pudiendo llegar a ser incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir”. Es por esto, que los órganos judiciales, así como las partes implicadas en el proceso, deben poner todo el esfuerzo posible en que esta complejidad no afecte a la celeridad en el proceso.

2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTENIDO EN LA ACTUAL LORPM

2.1. Ámbito de aplicación

En este apartado, se hará referencia tanto al ámbito de aplicación objetivo como subjetivo de la Ley.

El ámbito objetivo de la ley hace referencia a las conductas tipificadas como ilícitos “juveniles”⁵. Para definir este aspecto, debemos remontarnos primero al Segundo Consejo de las Naciones Unidas, celebrado en Londres en 1960, para la prevención

⁵ MONTERO HERNANZ, Tomas. “Ámbito objetivo”. En: Los derechos de los menores infractores. Encuentro de Inspectores de Educación. Valladolid, 2013. P 26

del delito y tratamiento del delincuente, cuyo pronunciamiento sobre los límites de la delincuencia juvenil están claros y son que ningún país debería tipificar como delitos de menores conductas que no fueran tipificadas como tal para los adultos. En este mismo sentido, se han pronunciado otras instituciones internacionales, como la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas, en la Resolución 45/112 de 1990, sobre Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil.

Es por ello, que el ámbito objetivo de la LORPM no va más allá de las conductas tipificadas como delito para los mayores de edad, es decir, en la legislación española, las conductas cometidas por un menor tipificadas como delito o falta, serán las mismas que las cometidas por un adulto, y por tanto, las recogidas tanto en el Código Penal, como en otras leyes como la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar o la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

Y, en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación, hay que empezar diciendo que es el propio Código Penal el que fija su límite mínimo de aplicación en los 18 ya que establece en su artículo 19 que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente” y, por tanto, fijando el límite máximo de aplicación de la LORPM en los 17.

Por su parte, la propia LORPM establece en su primer artículo su ámbito de aplicación subjetiva, es decir, que será aplicable a los menores entre catorce y dieciocho años en el momento en que el hecho tipificado como delito o falta sea cometido.

De otro lado, hay que tener en cuenta a los menores de catorce años, los cuales no están dentro del ámbito de aplicación subjetiva de esta ley, y por tanto, tampoco están sujetos a responsabilidad penal. Es el propio artículo 3 de la LORPM el que lo regula, indicando que les serán de aplicación la normativa prevista en el Código Civil referente a la protección de menores.

A continuación se puede observar un cuadro-resumen referente al ámbito de aplicación subjetiva⁶:

Edad	Responsabilidad
<13	No son responsables penalmente(art. 3 LORPM)
	Se rigen por las normas de protección del menor del CC
	Puede exigirse responsabilidad civil
14-17	Son responsables penalmente conforme a la LORPM(art.1)
	Puede exigirse responsabilidad civil
>18	Son responsables penalmente conforme al CP

Por último, debe explicarse brevemente, que el artículo 69 CP prevé la posibilidad de que a un sujeto con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, le

⁶ MONTERO HERNANZ, Tomas. “Ámbito objetivo”. En: Los derechos de los menores infractores. Encuentro de Inspectores de Educación. Valladolid, 2013. P 29

sean de aplicación las mismas leyes que se aplican a los menores mayores de catorce años, siempre que se cumplan una serie de circunstancias y requisitos que en dichas leyes se establezcan.

Sin embargo, esta disposición nunca ha llegado a ser una realidad, ya que si bien se establecía en la LO 5/2000, en su artículo 4, la entrada en vigor del mismo fue demostrándose por circunstancias varias, y con la LO 8/2000, dicho artículo quedó derogado. Es por ello que, aunque si bien está regulada esta posibilidad dentro del Código Penal, nunca se ha aplicado hasta el momento.

2.2. Legitimación activa

En el proceso penal general, la legitimación activa para ejercer la acción de responsabilidad civil corresponde tanto al perjudicado como al Ministerio Fiscal. Sin embargo, en el proceso penal de menores esto ocurre de manera diferente lo cual se puede ver reflejado en la redacción del artículo 61.1 de la LORPM que establece que: “La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

De ello, se puede deducir que el principal legitimado para ejercer la acción civil es el perjudicado, que deberá ejercerla en el plazo de un mes desde la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil. Por perjudicado, la LORPM entiende cualquier persona con interés, ya que permite la personación de todas aquellas que se consideren perjudicados, aunque no hayan sido tenidos como tales por el Juzgado.

Dicha pieza se abrirá de forma casi simultánea con el expediente principal, dado el poco contenido que la misma tiene desde que se introdujo la posibilidad de acumular el ejercicio de las acciones. El o los perjudicados tendrán un mes desde entonces para ejercer la acción la acción civil, si no lo hacen el Ministerio Fiscal estará legitimado para hacerlo.

Existen dos posibilidades que tiene el perjudicado respecto el ejercicio de la acción, que son su reserva y su renuncia. En el caso de la primera de ellas, el perjudicado podrá hacer uso de la misma bien dentro del período del mes que tiene para ejercer la acción civil, de forma que el Ministerio Fiscal no podrá ejercerla, o bien fuera de dicho plazo, momento en el cual el mismo deberá desistir de la acción. En el caso de la renuncia, conforme al artículo 112 de la LECrim⁷, ya que no viene regulada en la LORPM, ésta

⁷ “Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”.

podrá ejercerse en cualquier momento del procedimiento, instante en el cual la acción civil quedará extinta.

Por último, hay que mencionar dentro de este apartado una especialidad del procedimiento de menores en relación al ejercicio de la acción civil. Y es que, el artículo 64.2 LORPM establece que "...Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil...". Esto es que, las compañías aseguradoras que hayan abonado la indemnización correspondiente al perjudicado, podrán personarse en la pieza separada de responsabilidad civil, subrogándose en la situación del perjudicado.

A continuación se muestra un cuadro resumen de la legitimación activa, la cual acaba de ser explicada, y de la pasiva, que se explicará en el siguiente apartado.

Legitimación activa	Ministerio Fiscal	Podrá ejercer acción civil cuando el perjudicado no la haya ejercido en el plazo de un mes desde la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil	
	Perjudicado	Es el principal legitimado, y puede: ejercer la acción, renunciar a ella o reservarla	
	Compañías de Seguros	Se subrogan en la figura del perjudicado cuando le hubieran abonado la indemnización	
Legitimación pasiva	Art.61.3 LORPM	El menor	Responsable directo
		Padres	Responsables solidarios con el menor no entre sí. Responderá aquel que estuviera a cargo del menor cuando cometió el acto ilícito
		Tutores	
		Acogedores	
		Guardadores	
	Menores	Inimputables	Responden civilmente conforme LORPM
		Emancipados	Responden civilmente conforme CP
	Centros docentes	Jurisprudencia dividida. Se incluyen dentro del artículo 61.3, pudiendo ser responsables solidarios	

2.3. Legitimación pasiva

Como ya se ha explicado anteriormente, en nuestro Derecho la existencia del Código Penal, antes que del Código Civil, ha hecho que la responsabilidad civil derivada de la comisión de un acto ilícito, tenga una doble regulación⁸. A parte de esa doble regulación, la LORPM incorpora "un tercer modelo de responsabilidad civil"⁹ para los hechos cometidos por menor, al cual se denomina "sistema de responsabilidad solidaria

⁸ LOPEZ SANCHEZ, Cristina. La responsabilidad civil del menor. Barcelona: Dykinson 2001. P 400 y ss.

⁹ VAQUER ALOY, Antoni. Justicia penal de menores y jóvenes. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

por su orden o en cascada” (A), el cual es una parte fundamental para explicar la legitimación pasiva dentro de este apartado, junto con la figura del menor emancipado (B) y el menor inimputable (C), y la responsabilidad de los centros educativos (D).

- A. **Sistema de responsabilidad solidaria en cascada.** El artículo 61.3 de la LORPM es el que establece ese tercer sistema de responsabilidad civil para los delitos cometidos por menores de edad, disponiendo lo que sigue: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos.”

La redacción de este artículo ha suscitado diversas opiniones y teorías por parte de diferentes autores, que se tratarán de explicar a continuación. Pero antes, es preciso aclarar que la responsabilidad civil por hecho ajeno que se plasma en este artículo se fundamenta principalmente en los deberes de educación, guarda y custodia.

El régimen de solidaridad que se plasma en este artículo es de los terceros con el menor, es decir, no existe solidaridad de los terceros entre sí. Sin embargo, la expresión “por su orden” ha dado pie a diferentes interpretaciones, ya que es difícil dejar claro si la misma hace referencia a una responsabilidad civil excluyente, escalonada, acumulativa... De las teorías explicadas por los diferentes autores que han mostrado su interés sobre esta cuestión, las que más aceptación tienen son dos. La primera de ellas, es la que ha dado José Miguel de la Rosa Cortina¹⁰, la cual ha sido aceptada por otros autores, en la que expone que el perjudicado podrá interponer demanda contra todos los responsables solidarios, pero que en el caso de que la sentencia condenatoria fuese contra varios responsables, además del menor, habrá de seguirse ese orden en cascada previsto en el art. 61.3 LORPM, para llevar a cabo la ejecución de la misma.

La segunda de ellas es completamente contraria, y esta ha sido aceptada por autores como Guzmán Fluja¹¹, Garcíandía González¹² o Dávila González¹³, y es la llamada tesis de la gestión efectiva del proceso educativo. Esta teoría explica que el responsable solidario debe serlo la persona que estaba a cargo del menor en el momento en el que

¹⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Notas sobre responsabilidad Civil en Derecho Penal de Menores. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Nº 1, 2001.

¹¹ GUZMÁN FLUJA, Vicente. “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”. En: Proceso penal de menores. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. P 283-334

¹² GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María. Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en el proceso de menores tras la reforma de 2006: reflexiones a la luz de la circular de la Fiscalía General del Estado I/2007, de 26 de noviembre. P 31-32

¹³ DÁVILA GONZÁLEZ, Javier. “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores”. En: Estudios de derecho de obligaciones, 1, 2006. P 398 y ss.

éste cometió el acto ilícito, y por tanto, la persona que debería haberlo evitado. Esta es la teoría que yo considero más correcta, si bien es verdad que se debe tener en cuenta que a veces pueden coincidir varios responsables, sobre todo cuando el menor se encuentra en el centro escolar.

Por otro lado, cabe analizar la moderación judicial a la que hace referencia el artículo 61.3, la cual solo hace referencia a los padres, tutores, acogedores y guardadores, pero nunca al menor. Ésta otorga la posibilidad al juez de moderar o graduar la responsabilidad a dichas personas, en el caso de que no hayan favorecido con dolo o negligencia grave la conducta del menor. El principal problema de esta moderación, es que en el caso de que el juez la impusiera, en la sentencia condenatoria se fijarían dos tramos de responsabilidad civil, un primer tramo en el que sería de aplicación la responsabilidad solidaria, y un segundo tramo donde solo estaría la responsabilidad del menor. Es en este punto donde surge el problema, ya que lo más seguro es que el menor sea insolvente, y el perjudicado no pueda dirigirse contra él, de ahí que exista esa responsabilidad solidaria. Esto afecta de forma evidente al perjudicado que no puede satisfacer de forma íntegra su indemnización. Esta cuestión no tiene una solución unánime, que desde mi punto de vista debería ser resulta lo antes posible, ya que cada vez más se está dando más importancia a la reparación del daño del perjudicado, lo que incluye el pago de la indemnización en su totalidad.

- B. **El menor emancipado.** El artículo 323 del CC indica que “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...”. Es por ello, que a efectos civiles, el menor emancipado es como si fuera mayor edad, por lo que no deberá regirse por lo que establezca el artículo 61.3 LORPM, sino por lo que indique el Código Penal en lo referido a la responsabilidad civil derivada de la comisión de ilícito penal. Sin embargo, a efectos penales si es considerado menor de edad por lo que deberá estar a lo que establezca la LORPM.
- C. **El menor inimputable.** En el artículo 5 de la LORPM se indica que en caso de que concurran una o varias de las causas de exención de responsabilidad penal contenidas en el art. 20 CP, no cabe exigirle al menor dicha responsabilidad. La cuestión es si en dichos casos es exigible la responsabilidad civil. La respuesta es que sí. Podrá ser declarado responsable civil aun estando exento de responsabilidad penal, siempre y cuando no estemos ante un caso de legítima defensa o de haber actuado en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, deber o cargo, como indica el artículo 18 CP.

En estos casos, la sentencia en el proceso penal será absolutoria, por lo que tendrá que ser el juez de menores el que deba pronunciarse en una segunda sentencia sobre esta responsabilidad civil, como bien se indica en la Circular 1/2007 de la Fiscalía Ge-

neral del Estado¹⁴. Además hay que tener en cuenta que en el momento de ejecución de la sentencia, el cuerpo legal que será de aplicación será diferente si se trata de una causa de exención por inimputabilidad o si lo es por estado de necesidad o por miedo insuperable. En el primer caso, se deberá aplicar la LORPM siendo responsable directo el propio menor, y responsables solidarios las personas a las que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior. Y en el segundo caso, hay que estar primero a lo que dice el Código Penal para fijar la responsabilidad de las personas en cuyo favor ha actuado el menor o la cual causó el miedo insuperable; y después al artículo 61.3 para fijar la responsabilidad del menor y de sus responsables solidarios¹⁵.

D. **Centros docentes.** El artículo 61. 3 en su redacción no incluye de forma expresa los centros educativos como responsables civiles solidarios, pero si tenemos en cuenta lo que se ha dicho anteriormente en relación con que el responsable solidario debe ser la persona que está al cargo del menor, podemos incluir los centros educativos dentro de las personas que ejercen la labor de guarda, custodia y educación del menor, y por tanto, dentro de aquellas que pueden ser responsables solidarios.

Es verdad que la jurisprudencia está muy dividida en este punto, y que no se ha llegado a ninguna conclusión clara al respecto. Pero también es verdad que cada vez más sentencias han declarado a los centros educativos como responsables civiles solidarios en las denuncias por acoso escolar, lo que hace que se pueda ver claramente que mi postura sobre este punto cada vez está siendo más difundida.

3. REPARACIÓN NO ECONÓMICA EN EL PROCEDIMIENTO DE MENORES

3.1. Concepto y origen de la justicia restaurativa

A lo largo de este trabajo se ha podido comprobar como el proceso penal que surge de la comisión de un ilícito penal no cumple con las expectativas, es decir, con el mismo no se consigue que la víctima, el infractor y la comunidad obtengan respuesta satisfactoria al conflicto. Además hay que tener en cuenta que desde hace un tiempo hasta ahora se ha asistido a un fenómeno de judicialización en el que cada vez hay más

¹⁴ “Si el procedimiento finaliza con sentencia penal absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse condena civil, salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de algunas de las causas de exención previstas en el CP...”

¹⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente. “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”. En: Proceso penal de menores. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. P 283-334

procesos penales, lo que conlleva a una saturación del sistema judicial. Sin embargo, no se ha comprobado que esto suponga un efectivo descenso de la criminalidad.

Por otro lado, no se debe dejar pasar el hecho de que la víctima dentro del proceso penal siempre ha tenido un papel secundario, en el cual su participación ha sido muy escasa por no decir nula. A esto se le añade que el proceso está enfocado a una reparación económica, lo que se denomina responsabilidad civil, pero que en ningún momento se tiene en cuenta el sufrimiento moral, social o psíquico de la persona ni lo que realmente espera tras finalizar el proceso penal. Es por ello que, la víctima dentro del proceso penal sufre lo que se ha denominado por la doctrina como victimización secundaria, esto es que además del daño que sufre por el agresor, tiene que soportar las consecuencias negativas que tiene el proceso penal.

Pero no solo tiene consecuencias negativas para la víctima, el agresor no se responsabiliza de sus actos y no conoce las consecuencias de los mismos. Esto hace que en un futuro existan unas probabilidades altas de reincidencia.

Esto ha hecho necesario que se configure un instrumento que permita de un lado, la participación a la víctima para que consiga la satisfacción esperada, y de otro, que el agresor se responsabilice de sus actos y entienda las consecuencias de los mismos para que la posibilidad de reincidencia sea menor. Este instrumento es la justicia restaurativa que ha sido definida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas como “cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con la ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia”¹⁶.

De la definición dada se pueden señalar cuatro puntos o principios fundamentales de la justicia restaurativa que deben ser respetados cuando se quiera resolver un conflicto aplicando la misma. En primer lugar, se señala que todos los afectados e implicados en el delito tienen que ser partícipes para determinar los daños causados y la solución que se va a tomar, esto incluye el respeto hacia todas las partes implicadas. En segundo lugar, es imprescindible la reparación del daño a la víctima de la forma acordada por las partes. Además, la justicia restaurativa no pretende que los culpables eludan su responsabilidad, sino que lo que quiere es hacer ver que todos los actos tienen sus consecuencias y que los culpables tienen que ser capaces de asumir la responsabilidad de los actos cometidos. Finalmente, la finalidad de la misma es la integración del autor de los actos ilícitos en la comunidad, evitando la reincidencia.

Dicho lo cual, es muy importante tener presente los orígenes de la justicia restaurativa, cuyos primeros programas se dieron en la década de 1970 en Canadá y América

¹⁶ NACIONES UNIDAS. “Manual sobre programas de justicia restaurativa”. En: Serie de manuales sobre justicia penal. Naciones Unidas: Nueva York, 2006.

del Norte, con los objetivos que acabamos de describir y que corresponden con la idea de la justicia restaurativa. Es interesante describir en este punto el primer caso concreto en la que se puso en práctica la justicia restaurativa, que es el ocurrido en Ontario con dos menores que caminaban drogados por las calles y destruyeron un total de 22 vehículos. Estos jóvenes no tenían antecedentes penales y la persona que tenían asignada como responsable para controlar su libertad condicional pensó y propuso al juez que lo que realmente necesitaban no era someterse a un proceso penal con su consecuente castigo, sino que debían enfrentarse cara a cara a la víctima. En un primer momento el juez desechó la idea, pero tras dictar sentencia éste ordenó que los jóvenes llevaran a cabo lo propuesto inicialmente. Así lo hicieron, y tras estar tres meses yendo a las casas de las víctimas, admitiendo sus actos, pidiendo disculpas y trabajando para reparar las consecuencias de sus hechos, ello supuso un beneficio tanto para las víctimas como para los infractores y para la comunidad¹⁷.

La experiencia de Canadá se fue extendiendo poco a poco a todos los Estados Unidos y los países europeos, pero no fue hasta la aprobación de las normas de la ONU y el Comité de Ministros del Consejo de Europa en relación a la nueva política criminal juvenil, cuando se dio un verdadero impulso al uso de la mediación como solución a los conflictos juveniles.

3.2. Justicia restaurativa en la LORPM

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del menor es un instrumento normativo de notable importancia en la justicia de menores, que ha introducido la mediación de forma expresa en su artículo 19 como una vía de solución a conflictos con carácter penal. Sin embargo, esta mención expresa a la mediación ha provocado diversas críticas enfocadas a dos ideas principales.

En primer lugar, se han transmitido numerosas críticas al hecho de que el uso de la mediación en el procedimiento penal sea opuesto a los fines preventivos que el mismo persigue en la doctrina más moderna. A este respecto, hay que decir que no es para nada así, ya que lejos de ser un impedimento para conseguir esos fines preventivos se trata de un método para lograr que el infractor reduzca el daño cometido a la víctima lo máximo posible, participando en el logro de la satisfacción de la misma. Además de la reducción del daño, lo que es del todo favorable para la víctima, con la mediación se participa en la educación del menor, ya que a través de la misma el menor comprende las consecuencias de sus actos y se hace responsable de ellas. De esta forma, no solo se está al interés de la víctima sino que también se incide de forma favorable en el del

¹⁷ GONZALEZ PILLADO, Esther. "La mediación con menores infractores". En: Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. P 80.

menor, ya que se puede prevenir la reincidencia del mismo si éste es consciente de lo que ha hecho y conoce las consecuencias directas de sus actos.

En segundo lugar, otras críticas han ido dirigidas al hecho de una posible “privatización” de la justicia penal con el uso de la mediación, ya que consideran que con ésta se quiere eximir de la responsabilidad penal al menor y conseguir una solución a los conflictos provocados por la comisión de un hecho delictivo dejando de lado al proceso judicial penal. Sin embargo, dado que en el procedimiento penal de menores, a diferencia del de adultos, rige el principio de oportunidad reglada, es decir, se le concede al Fiscal facultad para no incoar el expediente o para solicitar su archivo, siempre y cuando se cumplan unos requisitos que se indicarán a continuación, éstas críticas carecen desde mi punto de vista de fundamento válido. Así, con la mediación lo que se pretende es todo lo contrario a la privatización de la justicia, se pretende que además de la función preventiva que desempeña la justicia, como bien se ha señalado anteriormente, se añade una función de protección a la víctima para que al menos tenga la posibilidad de reparar el daño sufrido y obtenga una satisfacción psicológica o no económica, que es la que no conseguiría siguiendo el procedimiento judicial.

Dicho lo anterior, se va a pasar ahora a analizar las formas de mediación que recoge la LORPM. Por un lado, se establecen los casos en los que se llegaría al sobreseimiento del expediente penal cuando se alcance la reparación entre la víctima y el menor, que es lo que se ha denominado como mediación prejudicial; y por otro lado, se establece la mediación judicial, que es cuando ambas partes llegan a una conciliación con posterioridad a la sentencia.

Respecto a la mediación prejudicial, el artículo 19 de la LORPM establece que “podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”. Es decir, la propia Ley, como se ha dicho anteriormente, da la posibilidad de archivar el procedimiento.

Se debe apuntar que para que se pueda archivar el procedimiento la conciliación debe darse en la fase de investigación, y que en el caso de que de la mediación no se obtengan los resultados esperados, es decir, la reparación a la víctima, el juez podrá dejar sin efecto el archivo del expediente y continuar la tramitación del mismo como indica el apartado cuatro del artículo que nos ocupa.

Además, para que la mediación tenga eficacia suspensiva o extintiva dentro del procedimiento de menores es imprescindible que se den una serie de presupuestos objetivos que se van a tratar de explicar brevemente. Hay que apuntar que, aunque

no se den los requisitos a los que se va a hacer mención a continuación, la mediación se puede llevar a cabo, lo que sucederá es que la misma no tendrá los efectos suspensivos o extintivos sobre el procedimiento a los que se ha hecho referencia, el cual continuará con su tramitación. El primero de dichos requisitos es que la conducta delictiva llevada a cabo por el menor sea de menor gravedad, es decir para que la mediación extinga o suspenda los efectos del procedimiento el hecho cometido por el menor deberá estar tipificado en el Código Penal como delitos menos grave o falta (artículo 13 CP). El segundo es que la conducta delictiva del menor haya sido realizada sin violencia y sin intimidación grave. Y el tercero de los requisitos es que el menor muestre una voluntad activa de solución del conflicto, es decir, que el menor tenga la intención de solucionarlo. Como se puede apreciar los dos primeros presupuestos son de todo punto objetivos, sin embargo, este tercero es notablemente subjetivo, es difícil saber cuándo el menor tiene verdaderas intenciones de solucionar el conflicto o simplemente hace ver que lo tiene para no hacer frente a un proceso penal cuando realmente no es así. Es por ello que la LORPM ha determinado en el apartado uno de su artículo 19 tres actuaciones en las que se puede observar que la voluntad del menor es real que son que: “el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe”.

Y en lo que respecta a la mediación judicial, como hemos dicho anteriormente, la conciliación entre la víctima y el menor se puede dar una vez dictada la sentencia en la que se recogen las medidas que tiene que llevar a cabo el menor. En estos casos, no se producen efectos suspensivos o extintivos sobre el procedimiento, sino sobre las medidas impuestas al menor infractor en la sentencia, como se indica en el artículo 51 de la LORPM. En este sentido también se debe hacer referencia al artículo 15 de Reglamento de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores que equipara la conciliación a la que se ha hecho mención a la reparación, es decir, tanto si se constata la conciliación como la reparación del daño el juez puede dejar sin efecto las medidas impuestas en la sentencia.

Al igual que en la mediación prejudicial, se deben cumplir una serie de presupuestos para que se pueda acordar el cese de la medida impuesta por el juez en la sentencia. Estos requisitos son, en primer lugar, que exista la conciliación entre las partes, lo que incluye que el menor reconozca el daño causado y que pida disculpas por el mismo a la víctima, y que ésta las acepte. Y, en segundo lugar, es necesario que la medida impuesta en la sentencia tenga una duración en el tiempo y que el menor infractor haya cumplido la misma durante parte del período temporal. El período de tiempo que debe haber cumplido el menor se fijará por parte del juez atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

3.3. La práctica de la justicia restaurativa en menores: Comunidad de Madrid

La Declaración “Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters” reconoce mayoritariamente la existencia de tres modelos prácticos de Justicia Restaurativa, las cuales van a ser explicadas brevemente en este apartado.

El primero de ellos y más globalizado es la mediación cuyos orígenes, como han sido explicados anteriormente, tuvieron lugar en Canadá con los programas VORP (*Victim Offender Reconciliation Programme*), y posteriormente con los VOM (*Victim – Offender Mediation*) donde se promueve la escucha de la víctima, la responsabilidad del infractor y la reparación del daño por parte de éste último. La mediación es “el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”¹⁸.

El segundo instrumento son las conferencias de grupos familiares o comunitarias, éstas son similares a la mediación pero en ellas se juntan a parte del agresor y la víctima otros afectados, como las personas más cercanas a ellos, familiares o amigos, entre otros. Sin embargo, en ocasiones la participación de la víctima en estas conferencias no es posible, es por ello que en los casos que ésta no participa no podríamos decir que estamos ante justicia restaurativa, sino que estaríamos ante justicia comunitaria, según el IIRP (Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas).

Y, el tercer instrumento al que se va a hacer referencia son las sentencias de paz o circulares, que es un proceso a través del cual se va a desarrollar un consenso entre diversas partes entre las que se incluyen la comunidad, las víctimas y sus defensores, los agresores, jueces, fiscales, policía, consejo de defensa y trabajadores de la corte, obre un plan de sentencia que incluya las inquietudes de todas las partes.

A pesar de las diferentes formas de justicia restaurativa que han sido expuestas, la mayoría de las reparaciones practicadas en España se realizan través de la mediación. En este apartado se ha querido estudiar concretamente la práctica de las reparaciones en la Comunidad de Madrid llevadas a cabo por la Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI), por ello se ha analizado una entrevista que si hizo en mayo de 2009 a Carmen Crespo responsable del Programa de Mediación y Reparaciones Extrajudiciales de la ARRMi¹⁹.

¹⁸ GONZALEZ PILLADO, Esther. “Concepto de mediación”. En: Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. P 74-79.

¹⁹ G. NARANJO, Celia (20 de mayo de 2009). Las víctimas de delitos quieren que se les escuche. Madridiario. Recuperado de <http://www.madridiario.es/noticia/149247/canalsocial/las-victimas-de-delitos-quieren-que-se-les-escuche.html>

En ella, da respuesta a interrogantes que ayudan a comprender la práctica de la justicia restaurativa en España y más concretamente en la Comunidad de Madrid, lo cuales van a ser explicados a continuación.

Pues bien, en la Comunidad de Madrid se empezaron a realizar reparaciones extrajudiciales con menores entre 1994 y 1995, es decir, hace unos 20 años, pero no fue hasta el año 2000 con la Ley de Responsabilidad Penal del Menor cuando este método de solución de conflictos se generalizó, ya que en ella se previó el archivo del expediente cuando se llegara a la resolución del conflicto a través de la mediación, siempre que se cumplieran las condiciones ya explicadas en epígrafes anteriores.

Así, de los casos que han llegado a este programa de reparación de nuestra Comunidad entre el 80 y el 90% han sido resueltos con éxito, es decir, sin tener que reabrir el proceso judicial. Pero hay que tener en cuenta que no todos los casos susceptibles de mediación son tratados por esta vía. Esto es así porque los programas de reparación se ponen en contacto en primer lugar con el infractor, y con sus padres al tratarse de un menor de edad, y en caso de que éste tenga voluntad para resolver el conflicto se contacta con la víctima.

Otro punto importante a tener en cuenta es el modo de actuar en caso de que ambas partes, víctima e infractor, accedan a llevar a cabo la mediación, ya que como se ha indicado es el instrumento llevado a cabo de forma mayoritaria en España. Pues bien, Carmen indica que es importante que haya contacto cara a cara entre las partes para que puedan llegar a entender la postura de la otra parte y llegar a un acuerdo. Además, siempre estará presente la figura de un mediador que será “una persona neutral, objetiva y dará confianza a las partes”.

Por otro lado, hay que destacar que existen dos causas fundamentales por las que la mediación puede fracasar. La primera de ellas es que el menor no sienta empatía alguna por la víctima, lo que hace que esta persona no esté dispuesta a la colaboración aunque en un primer momento sí que pueda parecerlo; y en segundo lugar, aunque no suele ser lo normal, puede ocurrir que la víctima pida reparaciones desproporcionadas que no están al alcance del menor infractor.

Dejando de lado las mediaciones que no tienen un final satisfactorio, hay que definir en que suelen consistir las reparaciones acordadas por las partes a grandes rasgos. Pues bien, en caso de que los daños causados por el menor de edad hayan sido cometidos contra personas, la acción reparadora se enfocará sobre ellas, y en caso de que el daño haya sido producido sobre cosas, estaremos antes reparaciones medioambientales. Además, se puede acordar que el menor realice actividades socioeducativas. Es decir, las reparaciones no tienen por qué recaer siempre sobre la víctima. El objetivo es que la víctima esté satisfecha una vez concluida la actividad reparadora por parte del menor, además de la reeducación de éste.

Para concluir este punto, poder indicar una cifra aproximada del número de reparaciones llevadas a cabo por la ARRMi sólo en la Comunidad de Madrid. Carmen

Crespo ha indicado que se realizan aproximadamente 500 mediaciones con menores por año en los últimos años, y de éstas, como se ha mencionado anteriormente, finalizan con éxito una media del 85%. Asimismo, es necesario comentar que en la Comunidad de Madrid llegan a la ARRM el 25% de los expedientes abiertos.

3.4. Las ventajas de la justicia restaurativa en menores

Los beneficios de la justicia restaurativa son muy amplios. En este apartado se va a intentar mostrar las ventajas de la misma haciendo diferencia entre los beneficios que recaen directamente sobre la víctima, los que lo hacen sobre el ofensor, los que obtiene la comunidad en su totalidad y los que recaen sobre sistema judicial.

En primer lugar, se van a empezar analizando las ventajas que supone la justicia restaurativa sobre la víctima. Ésta al tener en frente suyo al menor agresor tiene la oportunidad de mostrar sus sentimientos, pensamientos y de realizar todas las preguntas que se le pasen por la cabeza, preguntas a las que solo el infractor puede ofrecer respuesta, y que de otro modo nunca obtendría. De este modo, el menor debería llegar a ver a la víctima como una persona y no como el objetivo de sus actos ilícitos, lo que favorece que ésta pueda disminuir sus temores sobre un nuevo ataque a su persona.

Por otro lado, permite sentirse a la víctima parte del proceso, ya que normalmente en la justicia juvenil hay un enfoque más centrado en la educación del menor infractor, apartando a la misma del proceso. Además, según estudios de la VORP²⁰, la probabilidad de que exista una reparación a la víctima por parte del ofensor es cuatro veces mayor si se lleva a cabo mediación que si ambas partes son sometidas al proceso judicial. Esto es porque la víctima y el agresor pueden entablar un diálogo en el que ambos acuerden qué forma de reparación es más satisfactoria para la víctima, y de qué manera el menor puede llevarlo a cabo. Todo lo dicho hasta hora hace que la víctima sienta una mayor tranquilidad al poder presenciar cómo se ha tratado el acto ilícito cometido contra ella, es decir, puede llegar a sentir que se ha hecho justicia y que ella ha sido partícipe de ello.

En segundo lugar, se deben indicar algunos de los beneficios que obtiene el agresor al llevar a cabo la mediación. Lo primero que se debe tener en cuenta es que se trata de una oportunidad para disculparse ante la víctima y para explicar los motivos que le llevaron a cometer los actos perjudiciales, pudiendo de esta forma hacerse ver ante la misma como una persona y no como un agresor, y entendiendo las consecuencias de sus actos. Además, el hecho de que se pueda llegar a un acuerdo sobre el modo de reparar a la víctima para que la misma se sienta más satisfecha y el menor pueda llevarlo

²⁰ OLANDE, Alberto. Justicia restaurativa y mediación en el ámbito penal. Centro universitario de transformación de conflictos. Leioa, 2006.

a cabo, es tanto un beneficio para la víctima, como ya se ha indicado anteriormente, como para el infractor.

En tercer lugar, es importante saber los beneficios que aporta la justicia restaurativa a la comunidad en general, aunque estos no sean en un primer momento tan llamativos. Con la mediación, como se ha dicho, se facilita que el agresor entienda las consecuencias de sus actos lo que supone que las probabilidades de que reincida en un futuro sean mucho menores. Y, además, la restauración de los daños causados a la comunidad hace que las consecuencias de los actos cometidos se minimicen.

Finalmente, la justicia restaurativa también aporta ventajas al sistema judicial, ya que como se ha dicho con los programas llevados a cabo se reduce notablemente el riesgo de reincidencia del menor, lo que supondrá que en un futuro los procesos judiciales en adultos se vean reducidos, solucionando de esta manera los problemas de saturación y lentitud en la justicia.

4. LA DELINCUENCIA JUVENIL EN CIFRAS Y RECOMENDACIONES PARA MEJORARLAS.

Hasta ahora, nos hemos centrado en analizar cómo funciona el sistema de responsabilidad civil del menor en la LORRPM, así como la satisfacción de la víctima en relación a las indemnizaciones impuesta y su cumplimiento. Lo que se quiere plantear en este apartado es, hasta qué punto es importante que las regulaciones legales se centren en aumentar las penas a los menores, o si lo que realmente vale la pena es tomar medidas que ayuden a la reeducación del menor que impidan la reincidencia del mismo.

La LORRPM en su artículo 7 enumera una larga lista medidas susceptibles de ser impuestas a los menores que son las siguientes: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas e inhabilitación absoluta.

La mayoría de estas medidas están enfocadas a la reeducación del menor, sin embargo, la realidad es diferente. Muchos expertos, abogados y fiscales especializados en los casos de menores tienen la misma opinión al respecto, e indican que lo importante no son las penas que se imponen a los menores, sino la reinserción del mismo.

Analizando la situación, y dejando claro desde un primer momento que la legislación española en esta materia se enfoca en la reinserción del menor, el problema se en-

cuentra en los escasos recursos de los que dispone el Estado español. En el año 2009, el Consejo General de Abogacía del Estado presentó un informe donde los abogados que se ocupan de la defensa y asistencia a los menores expresan “falta de medios, el exceso de burocracia o los problemas de comunicación con el menor y su entorno”. Y es que, esta falta de recursos se puede ver de manifiesto en numerosos aspectos como que no todas las ciudades tienen juzgados de menores, por lo que, muchos de ellos deben ser juzgados por magistrados no especializados; o que los fines de semana no haya turno de guardia de menores, por lo que se encargará un juez ordinario.

Estas situaciones hacen que en muchos casos no se pueda atacar el problema de raíz, es decir, enfocando el proceso a fines educativos desde un primer momento. Hay que tener presente, que el derecho penal de adultos está más encaminado a castigar, pero en el de menores la necesidad principal es su reeducación, formarles en valores para que no vuelvan a cometer hechos ilícitos.

A continuación se muestra una tabla que refleja un incremento de delincuencia juvenil desde 2007 hasta 2014²¹:

Año	Condenados					
	Total		Varones		Mujeres	
	Menores	Adultos	Menores	Adultos	Menores	Adultos
2007	13.631	160.938	11.580	147.160	2.051	13.778
2008	15.919	206.396	13.477	188.215	2.442	18.181
2009	17.572	221.916	14.782	201.045	2.790	20.871
2010	18.238	215.168	15.337	193.801	2.901	21.367
2011	17.039	221.590	14.362	199.073	2.677	22.517
2012	16.172	221.063	13.344	196.876	2.828	24.187
2013	14.744	219.776	11.988	194.596	2.756	25.180
2014	15.048	218.827	12.147	191.608	2.901	27.219

Como se puede observar, desde 2007 hasta 2010 se ha producido un aumento en el número de menores condenados en España, ocurriendo lo contrario entre 2011 y 2013, sin embargo a partir de 2014 se produce de nuevo un aumento en la delincuencia juvenil. Comparando estas cifras con los condenados de adultos se puede comprobar que la cifra de condenados adultos es notablemente mayor, pero que la evolución es muy similar. Lo que se quiere evitar es que ese gran volumen de condenados adultos siga creciendo en el futuro, y es por ello, que a continuación se quieren fijar algunas recomendaciones que pueden hacer mejorar las cifras mostradas en relación a los me-

²¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (24 de septiembre de 2015). Estadística de condenados: adultos/Estadística de condenados: menores Año 2014. INE. Recuperado de: <http://www.ine.es/prensa/np932.pdf>

nores condenados, haciendo hincapié en la reeducación del menor para disminuir lo máximo posible la reincidencia lo cual se ve reflejado en los adultos que se muestran en la tabla, así como en la efectiva reparación del daño.

La primera medida está enfocada a evitar que el menor se encuentre en una situación de desamparo o marginación, para lo cual debe realizarse una protección efectiva del menor por parte de la familia, la escuela, la justicia y los servicios sociales, entre otros. Ésta medida de protección y prevención viene desarrollada en el artículo 172 del Código Civil.

La segunda, está dirigida a prevenir la delincuencia, es decir, educar bien desde el principio en vez de reeducar, y así evitar tanto delincuencia juvenil como una posterior delincuencia adulta.

Además, es muy importante tomar medidas a favor de la protección y prevención de los menores de catorce años, ya que muchos de ellos ya han sido intervenidos por los servicios sociales. Lo que se tiene que hacer es impedir que dichos menores acaben sometidos a un proceso penal por reincidencia una vez hayan cumplido los catorce años.

Asimismo, se deben encontrar nuevos medios y vías de solución de conflictos, evitando, dentro de lo posible, la vía judicial. Fomentado así, la mediación extrajudicial entre el ofendido y el menor para obtener una reparación efectiva y rápida. Si bien hay que puntualizar que esta recomendación no es extrapolable a todos los casos, ya que habrá víctimas que no quieran ponerse en contacto con su agresor.

Volviendo a lo comentado anteriormente, es del todo necesario que no se recorten los recursos en la justicia de menores. Es imprescindible que haya una mayor especialización de los fiscales y jueces de menores, así como de los abogados.

Éstas son algunas medidas que se deberían tener en cuenta con respecto de la delincuencia juvenil, tanto para prevenirla como para que los que ya han delinquido vuelvan a hacerlos, así como para que la reparación a la víctima se produzca de forma más efectiva.

CONCLUSIONES

Para finalizar este capítulo, en este apartado se van a enumerar las conclusiones más importantes que se han extraído del mismo.

- I. La regulación de menores es reciente, y ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años, por exigencias tanto nacionales como internacionales, y por el cambio en la sociedad.
- II. Las numerosas reformas llevadas a cabo en la LORPM en relación al ejercicio de la responsabilidad civil del menor desembocó en un ejercicio conjunto de las acciones civil y penal, lo que no cabe duda que supone un

- gran avance en la legislación de menores, igualando la posición de la víctima a la del proceso penal ordinario.
- III. A pesar de las numerosas ventajas que conlleva este ejercicio conjunto de las acciones, no hay que perder de vista que el proceso reviste una mayor complejidad, por lo que tanto las partes del proceso como el órgano judicial deben poner todos los medios posibles para que éste ejercicio acumulado no llegue a suponer más inconvenientes que ventajas.
 - IV. El sistema de responsabilidad solidario en cascada al que hace referencia la LORPM ha suscitado diferentes opiniones, pero en este trabajo se concluye que éste indica que el responsable solidario es la persona que está a cargo del menor en el momento de comisión del acto ilícito.
 - V. Los centros docentes no se regulan expresamente como responsables solidarios del menor, pero en base a la conclusión anterior, se deben incluir dentro de los mismos. Si bien es verdad que la jurisprudencia está muy dividida respecto a ello.
 - VI. La moderación judicial que puede otorgar el juez a los responsables solidarios con el menor, como se ha explicado implica la reducción de la indemnización en los casos que el juez considere oportunos. El problema que surge es que no se está pagando la totalidad de la indemnización a la víctima, por lo que esta no va a verse satisfecha. Pues bien, ya que es el estado el que regula esa moderación judicial, éste debería hacerse cargo del pago de la cantidad restante a la víctima, o simplemente suprimir la moderación judicial.
 - VII. La justicia juvenil se está centrando en imponer penas o sanciones con fines educativos, ya que actualmente el proceso penal de menores tiene entre sus objetivos la reeducación del menor. Esto acerca cada vez más a nuestro país a entender la justicia restaurativa.
 - VIII. Si se ha dicho que la justicia de menores es de reciente creación, más reciente aún es la justicia restaurativa, a la cual le queda mucho desarrollo, tanto en nuestro país como en el resto, para poder alcanzar su auge y proporcionar los resultados esperados por la misma.
 - IX. En la actualidad, se está asistiendo a una creciente desjudicialización en la justicia de menores, que hace que se produzca un incremento de la práctica de la justicia restaurativa entre la víctima y el menor.
 - X. El instrumento más utilizado en nuestro país para poner en práctica dicha justicia restaurativa en el ámbito de los menores de edad es la mediación, a pesar de que existen otros métodos, y reporta indudables ventajas tanto al agresor como a la víctima, al poder encontrarse cara a cara.
 - XI. La mediación, y en general la justicia restaurativa, va a llevar al estado a una disminución de la delincuencia ya que persigue la reeducación del menor con el fin de evitar la reincidencia. Esto hará posible que se reduzca el núme-

- ro de procesos judiciales, disminuyendo el riesgo de saturación de los juzgados y lentitud de la justicia, dos problemas que actualmente sufre la justicia.
- XII. La actual LORPM integra la justicia reparadora, ya que brinda la posibilidad de resolver el conflicto a través de la mediación en casos concretos, a diferencia de lo que ocurría en el sistema tradicional del menor.
- XIII. Está claro que la justicia restaurativa tiene unas ventajas indudables tanto para la víctima como para el agresor. Sin embargo, en la justicia juvenil, cuando los responsables del pago de la indemnización son los padres, ¿no es natural que los mismos se hagan cargo de la misma? La respuesta es que sí. Por lo tanto, es importante tener presente que, aunque generalmente la víctima quede más satisfecha con la justicia restaurativa, en ocasiones algunas de ellas prefieran asegurarse el pago de la indemnización por los padres del menor y no verse involucrada en encuentros con el agresor.
- XIV. Como se ha dicho, todavía queda un gran camino hasta lograr una práctica de la justicia restaurativa plena, y esto es muy en parte por los escasos medios materiales y humanos que se destinan a la misma. Es por ello, que es muy importante destinar todos los recursos que sean necesarios a ella.

BIBLIOGRAFÍA

Documentación

- ALBERT PEREZ, Silvia. Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometidos por menores de edad. Granada: Comares, 2007.
- LOPEZ SANCHEZ, Cristina. La responsabilidad civil del menor. Barcelona: Dykinson 2001.
- VAQUER ALOY, Antoni. Justicia penal de menores y jóvenes. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente. Proceso penal de menores. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GONZALEZ PILLADO, Esther. Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- PAÑOS PEREZ, Alba. La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados. Barcelona: Atelier, 2010.

Páginas web

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (24 de septiembre de 2015). Estadística de condenados: adultos/Estadística de condenados: menores Año 2014. INE. Recuperado de: <http://www.ine.es/prensa/np932.pdf>

G. NARANJO, Celia (20 de mayo de 2009). Las víctimas de delitos quieren que se les escuche. *Madridiario*. Recuperado de <http://www.madridiario.es/noticia/149247/canalsocial/las-victimas-de-delitos-quieren-que-se-les-escuche.html>

JIMÉNEZ, Ana (24 de noviembre de 2014). La conformidad de acusado. Recuperado de: www.eljurista.eu

EQUIPO DE ABOGADOS DE DERECHO. COM. Recuperado de: http://www.derecho.com/c/Acusación_particular

Otras fuentes consultadas

PALOMO HERRERO, Yolanda (2008). La pretensión civil deducible en el proceso penal. *Revista jurídica de Castilla y León*, 14.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. La víctima: su protección en el derecho comparado.

Especial referencia a los programas asistenciales. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. II, 2000. Ministerio de Justicia.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. El Título VIII de la Ley Penal de Menores. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* II, 2003.

MONTERO HERNANZ, Tomas. “Ámbito objetivo”. En: *Los derechos de los menores infractores*. Encuentro de Inspectores de Educación. Valladolid, 2013.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Notas sobre responsabilidad Civil en Derecho Penal de Menores. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* I, 2001.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María. Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en el proceso de menores tras la reforma de 2006: reflexiones a la luz de la circular de la Fiscalía General del Estado I/2007, de 26 de noviembre.

NACIONES UNIDAS. “Manual sobre programas de justicia restaurativa”. En: *Serie de manuales sobre justicia penal*. Naciones Unidas: Nueva York, 2006.

OLALDE, Alberto. *Justicia restaurativa y mediación en el ámbito penal*. Centro universitario de transformación de conflictos. Leioa, 2006.

Parte V

REPARACIÓN DEL DAÑO Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Capítulo XVI

LA ATENUANTE POR REPARACIÓN DEL DAÑO

Adriana Noel Afonso Carracedo

1. LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Debemos dedicar un espacio de este trabajo para entender qué son y para qué sirven las circunstancias modificativas de la responsabilidad, en tanto la atenuante por reparación del daño es una de ellas.

La primera vez que estas circunstancias modificativas de la responsabilidad fueron codificadas en nuestro país fue en el año 1848, y desde ahí han ido progresivamente experimentando modificaciones hasta llegar a la tipificación actual. El legislador vio la necesidad de legislar sobre ellas en un intento de limitar, a partir de causas tasadas, el poder de decisión de los jueces y tribunales, por el peligro que encierra un actuar arbitrario¹.

A partir de la legislación actual, podemos distinguir entre circunstancias atenuantes (artículo 21 del Código Penal), agravantes (artículo 22 del Código Penal) y mixtas (artículo 23 del Código Penal), aunque a partir de ahora nos centraremos exclusivamente en estudiar las primeras, y más concretamente, el apartado quinto, que es donde se recoge la reparación del daño a la víctima del delito. Por ello, centrándonos en la que nos ocupa, esto es, la atenuante por reparación del daño (artículo 21.5 del Código Penal), cabe señalar que es una de las circunstancias de la responsabilidad criminal más aplicadas por los tribunales de justicia españoles². Se trata de una circunstancia que no afecta a la culpabilidad, ni a la antijuricidad, sino a otro elemento: la punibilidad. En esta categoría se encuentran aquellos elementos accesorios o accidentales que no alteran la sustancia del delito en tanto se aplican con posterioridad a la consumación

¹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Akal, Madrid, 1997, p. 162.

² TAMARIT SUMALLA, J.M., “La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española”. En *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007.

del hecho delictivo, pero que sí influyen en la reducción de la sanción a imponer³, o en palabras del presente Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre): “*modifican la responsabilidad criminal*”⁴.

Con su aplicación se trata de premiar al individuo que pese a delinquir, posteriormente lleva a cabo un comportamiento supererogatorio, esto es, más allá de lo que el Derecho exige, y esto debe ser premiado con una rebaja punitiva. Además, la atenuación incentiva conductas posteriores en esa dirección. Es decir, una vez consumado el hecho delictivo y ante el fracaso de la intimidación penal, se trata de reconducir, así como acercar al individuo que delinque con los valores e intereses que Ordenamiento jurídico propugna.

1.1. Atenuantes genéricas y específicas

Dentro de las circunstancias atenuantes cabe diferenciar entre genéricas y específicas⁵. Las primeras quedan recogidas como hemos recalcado con anterioridad en el artículo 21 CP de forma separada y para cualquier delito. Cuando concurre alguna de estas circunstancias el Código Penal español establece marcos penales generales a partir de los cuales el juez podrá individualizar la pena atendiendo al caso concreto. Estas reglas de actuación están recogidas en el artículo 66 CP, y las mismas establecen límites mínimos y máximos dentro de los cuales puede situarse la condena impuesta al acusado. Sin embargo, las segundas se encuentran a lo largo del código dispuestas atendiendo a delitos concretos. La reparación del daño es recogida específicamente por el legislador penal para los delitos de injurias y calumnias (artículos 214 CP y 216 CP), que conlleva la imposición de la pena inmediatamente inferior en un grado⁶; los delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente (artículo 340 del Código Penal), lo cual conlleva la rebaja de la pena en un grado⁷; malversación de caudales públicos (artículo 434 CP) que puede suponer la rebaja de la pena en uno

³ MACHADO SÁNCHEZ, K. “La regulación de las circunstancias atenuantes en varias legislaciones penales”, en Noticias Jurídicas, 2003, págs. 2 y 3.

⁴ DEL ROSAL, J., *Lecciones de Derecho Penal español*. Ed. S. Aguirre Torre Impresor, Madrid, 1960.

⁵ Son objeto de diferentes denominaciones, algunos autores los conocen con el nombre de “elementos típicos accidentales”, mientras otros prefieren clasificarlos como “*circunstancias especiales o específicas*”. Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 9ª edición, 2011, pág. 614.

⁶ Artículo 214 CP: “*Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado*”. Ver en línea: “http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t11.html#a214”.

⁷ Artículo 340 CP: “*Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas*”. Ver en línea: “http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t16.html#a339”.

o dos grados⁸; y delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (305.6, 307.5, y 308.7 CP) pudiendo imponer la pena inferior en uno o dos grados⁹.

2. LA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE LA ANTIGUA ATENUANTE EN EL CP DE 1995

En qué debiera consistir la reparación por parte del victimario es a menudo objeto de discusión. En primer lugar, conviene hacer un breve apunte en la evolución de la atenuante hasta la actualidad en aquellos aspectos que son claves para su definición.

2.1. Breve referencia a la regulación anterior

La circunstancia atenuante objeto de este estudio fue contemplada por primera vez en el texto legal de 1822. Su formato por aquel entonces era similar a la configuración que la misma presenta en la actualidad, esto es, se encontraba dispuesta en dos modalidades. Así, el artículo 107 del citado código en sus apartados quinto y sexto disponía para la atenuación penal por un lado “*el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido*” y por otra parte “*presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas*”.

Más tarde, la atenuante no será incluida en el Código Penal de 1848, ni en la posterior reforma de 1850, ni tampoco en el Código Penal de 1870. Hubo propuestas de reincorporación, pero la misma no reaparece hasta 1914 en el Código Español de la Zona Española del Protectorado de Marruecos de 1914, y por fin queda incluida en el Código Penal de 1928, permaneciendo en los posteriores textos hasta la fecha. Cabe señalar que en 1932 fue cuando la atenuante sufrió una refundición y las dos modalidades se legislaron conjuntamente. Tal modificación permaneció en el Código Penal de 1944, en el Texto Revisado del Código Penal de 1963; y en el Texto Refundido del Código Penal de 1973.

El mismo dispone como circunstancias atenuantes: “*la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al*

⁸ Artículo 434 CP: “*Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados*”. Ver en línea: “http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t19.html#a433”

⁹ Preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ver en línea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t14.html#a305.

ofendido o a confesar a las autoridades la infracción". El Código Penal de 1995 (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre)¹⁰ supuso un gran paso en lo que se refiere a la configuración de la atenuante genérica de reparación del daño. Las modificaciones llevadas a cabo no sólo incidieron en el contenido, sino también en la configuración estructural de la atenuante.

Su disposición actual surge de la sustitución y división de la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo prevista en el artículo 9.9 del Código Penal de 1973 que regulaba conjuntamente la circunstancia de reparación del daño, actualmente recogida de forma separada en el art. 21.5 CP, con la circunstancia de confesión del hecho a la autoridad, hoy prevista en el art. 21.4 CP. En la regulación actual el ámbito de actuación de ambas es distinto¹¹, así como los límites temporales previstos para ellas¹², pudiéndose apreciar ambas, o solo una de ellas.

Centrándonos en el apartado quinto, objeto de nuestro trabajo, éste establece como circunstancia atenuante "*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*". Como hemos podido apreciar en la redacción del precepto, el mismo sufrió modificaciones en lo que se refiere a su contenido. El cambio más trascendental fue la exclusión del elemento subjetivo y la consiguiente objetivación de la atenuante. Otras modificaciones significativas fueron la supresión de la mención a la satisfacción al ofendido, la ampliación del límite temporal, y la diferenciación entre el concepto de "*daño*" y el de "*efectos del delito*". Todos ellos serán tratados individualmente a continuación.

2.2. Abandono de la exigencia de arrepentimiento espontáneo

La redacción del Código Penal de 1995 fue el resultado de una fuerte demanda por parte de los operadores jurídicos que reclamaban una atenuante más objetiva, ya que con anterioridad al cambio normativo era necesario un "*acto de constricción*" por parte del culpable para apreciar la atenuación en la pena. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigía para la aplicación de la circunstancia que el sujeto actuara

¹⁰ El Código penal fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 8 de noviembre de 1995, cuyo texto apareció en el Boletín Oficial del Estado del 24 de ese mes, como Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y que entró en vigor el 25 de mayo de 1996.

¹¹ Vid. STS de 23 de enero de 2001 (Recurso núm. 1696/1999): "*pues aun tratándose de comportamientos posdelictuales se refieren a conductas distintas que exigen una distinta atenuación y obedecen a razones de política criminal que el legislador plasma en el Código Penal*".

¹² El artículo 21.4 CP exige que la confesión tenga lugar antes de conocer el culpable que el procedimiento se dirige contra él, mientras que el artículo 21.5 CP permite que la reparación del daño o la disminución de los efectos del delito tengan lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

movido por “*sus sentimientos religiosos o meramente morales, que producen real remordimiento...*” (STS de 16 de febrero de 1971). Pretendían que el victimario mostrara “*un estado de ánimo del que se evidenciara inequívocamente un estado de pesar, de contrición o el de reconocimiento de haber obrado mal*” (STS 14 de mayo de 1985). Sus reclamaciones se extralimitaban exigiendo al sujeto “*un sentimiento de repudio íntimo de la acción mal hecha*” (STS de 20 de mayo de 1985). La oposición a este nivel de exigencia fue creciendo y la línea argumental fue progresivamente objetivada, así, la STS de 7 de noviembre de 1989 (RJ 1988/8982) recogía “*el pesar del autor por haber obrado mal, su constricción tiene un excepcional valor ético, pero, es evidente que en el ámbito jurídico hoy no es ya exigible*”¹³. La nueva redacción trata de relativizar el elemento subjetivo en tanto el mismo supone una inaceptable intromisión en la esfera interna del sujeto, la cual es inconcebible con el derecho penal moderno. Asimismo, es sin lugar a dudas poco fiable las apreciaciones que se puedan llegar a elucubrar sobre el fuero interno del sujeto, las mismas no sólo son de “*difícil alcance probatorio*”¹⁴ sino que tampoco cuentan con “*engarce jurídico*”¹⁵ suficiente. A este respecto, MACÍAS PERIANES considera que “*la obtención de redenciones y arrepentimientos no es una función que el Derecho Penal esté legitimado a exigir*”. Según FARALDO, el comportamiento positivo posterior del autor del delito debe ser visto como una voluntad “*normativizada*”¹⁶, no tratando de premiar ni aspirar al cambio de la actitud interna del infractor, sino que solo debemos atender a la voluntariedad de tal conducta con independencia de las motivaciones que influyeron en su comportamiento reparador.

Por ello, la nueva regulación del Código Penal de 1995 (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) permite que sean cuestiones exclusivamente jurídico-penales las tenidas en cuenta para apreciar la atenuación en la pena del artículo 21, en su apartado quinto, importando el hecho reparador llevado a cabo por el victimario, al margen de las razones que le muevan a actuar de esa determinada manera¹⁷. Relativizar el elemento subjetivo permite “*ampliar la efectividad y ámbito de aplicación del atenuante*”¹⁸; siendo el propósito del legislador que la atenuación de la pena favorezca conductas dismuidoras o reparadoras del mal determinado por el delito, estimulando la reparación

¹³ En la misma línea podemos observar las STSS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003\9237), de 28 de febrero de 2003 (RJ 2003\2451), y la STS de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003\7643), entre otras.

¹⁴ MACÍAS PERIANES A.: “Aplicación de la atenuante por reparación del daño en el ordenamiento jurídico español”, disponible en: “<https://atresadvocats.wordpress.com/tag/reparacion-del-dano/>”

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ FARALDO CABANA, P., “El fundamento de exención de la pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, núm. 11, vol. 7.

¹⁷ Al respecto, MAGRO SERVET, V. “Aplicación práctica de la atenuante de reparación del daño causado a la víctima del delito”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, pp. 1142-1152.

¹⁸ MACÍAS PERIANES, A.: “Aplicación del atenuante de reparación del daño...” óp., cit., pág.2.

victimial¹⁹. Aunque a lo largo del estudio trataremos casos en los que la jurisprudencia todavía contiene cierta “*reminiscencia subjetiva*”²⁰ cuando aplica la atenuación penal.

2.3. Eliminación de la referencia a la satisfacción de la víctima

La nueva redacción de 1995 se centra en “*reparar el daño o disminuir los efectos del delito*”, sin hacer alusión expresa a la satisfacción al ofendido²¹, sí contemplada en el código anterior.

La doctrina señala que el dar satisfacción al ofendido no tiene una significación autónoma, pues quien da satisfacción a la víctima, repara o disminuye los efectos del delito. No hay verdad en afirmar que la satisfacción a la víctima debe entenderse incluida implícitamente²², en tanto a partir de los actos descritos se satisface al ofendido o perjudicado por el delito, pues no hay obligatoriedad en la realización de los mismos. Es perjudicial cuando reparar el daño no es, a pesar de quienes intentan enmascararlo así, un requisito indispensable sino un fin último prescindible.

2.4. Ampliación del límite temporal

El Código Penal 1995 (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) regula de forma más flexible el elemento cronológico que su predecesor, el Código Penal de 1973, ya que éste exigía que la reparación se produjera antes de que el responsable conociera la existencia de un procedimiento contra él. En el precepto actual se contempla la posibilidad de aplicar el atenuante por reparación si la conducta reparadora es llevada a cabo por el victimario durante la substanciación del proceso pero con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral²³, siendo en principio posible la atenuación para quien realiza la conducta reparadora una vez señalado el juicio oral pero no celebrado y también en los casos de suspensión de éste, si la conducta se verifica tras el acuerdo de suspensión y antes de la ulterior reanudación. Asimismo, la jurisprudencia va más allá de lo previsto

¹⁹ En este sentido, la STS de 18 de octubre de 2003 ha señalado que la referida circunstancia atenuante supone “*una típica decisión de política criminal del legislador, en la que ha primado la consideración del beneficio objetivo de la víctima –sea por la vía de la plena reparación de los daños sufridos por la misma, sea por la mera disminución de sus efectos– sobre los aspectos éticos y subjetivos propios de las razones que hayan podido determinar al culpable a actuar de tal manera tras la comisión del hecho punible*”.

²⁰ MACÍAS PERIANES, A.: “Aplicación de la atenuante de reparación del daño...” óp., cit., pág.3.

²¹ Esta expresión se hacía equivalente a dar “*explicaciones, compensaciones, excusas y disculpas al ofendido que le llevan al menos un aquietamiento o paz espiritual o material perdidas por causa del delito*”.

²² Vid. CALDERÓN SUSÍN, E., *Arrepentimiento*, Ed. DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1990, pág.227

²³ Véase STS 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/2919), entre otras.

por el legislador y admite la atenuante analógica cuando la reparación sea realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario²⁴.

El límite temporal actúa como causa de bloqueo para la atenuación penal, existiendo una presunción de voluntariedad cuando la conducta del sujeto se lleva a cabo con anterioridad al límite temporal impuesto, y de involuntariedad cuando se lleva a cabo una vez sobrepasado dicho límite. Con la salvedad de aplicar la atenuante analógica²⁵ para aquellos casos que pese a que la conducta se desarrolle con carácter posterior al límite señalado, el incumplimiento formal de este requisito no conlleve afirmar la involuntariedad del comportamiento. Esa disposición por parte del autor del delito cumple con un claro propósito político-criminal hacia los fines de la pena, en tanto el comportamiento positivo del autor de reparar a la víctima cumple con las necesidades preventivo generales positivas (la asunción de responsabilidad por la conducta cometida) y preventivo especiales (al ser una clara política de favorecimiento de la víctima al promover la recuperación del bien jurídico) y por otra parte liberar a la Administración de Justicia en lo relativo al trámite del abono de la responsabilidad civil derivada de delito, en el caso de que la hubiera.

2.5. Contenido de la reparación

Para conceder el efecto atenuador, además del elemento cronológico desarrollado previamente, el art. 21.5º CP exige que se repare el daño ocasionado a la víctima o se disminuyan sus efectos; el concepto de “reparación” se asentaría en la idea de totalidad e implica una “*restauración total de la situación antijurídica creada por el delito al momento anterior a la ejecución del mismo*”²⁶, mientras que el concepto de “*disminución*” implicaría parcialidad, consistiendo en “*hacer menor la extensión, la intensidad o el número de los efectos del delito*”²⁷. La intensidad reparadora será evaluada por el Tribunal al apreciar la atenuación en la pena, produciéndose de forma distinta para los acusados que reparen totalmente frente a aquellos que solo lo hagan parcialmente (STS núm. 947, 30 de junio de 2003).

Por entrañar una mayor complejidad y ser objeto de gran controversia, corresponde ahondar en la segunda parte del precepto relativa a la disminución de los efectos, en tanto

²⁴ La aplicación de la atenuante del art. 21.7º del C.P. en relación al art. 21.5 del C.P. ha sido puesta de relieve por numerosos estudiosos como GARCÍA SAN MARTÍN, J., “*La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal*”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 2011, págs. 96 y ss, entre otros.

²⁵ Dentro de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal, el artículo 21.6 del vigente código incluye “*cualquier otra circunstancia de análoga significación...*”. Dicha analogía a la que se refiere el Código Penal “*se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva sino a la semejanza de sentido intrínseco*”. En este sentido, encontramos la STS de 4 de febrero de 2000, entre otras.

²⁶ ORTS BERENGUER, E/ VIVES ANTÓN, T.S/ BOIX REIG, J. “Comentarios al Código Penal de 1995” en VIVES ANTÓN, T.S (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 211.

²⁷ Vid. CALDERÓN SUSÍN: “*Arrepentimiento...*”, óp., cit. pág. 220.

supone una acción reparadora incompleta por parte del sujeto que delinque, lo cual hace más difícil establecer cuándo se alcanza la magnitud suficiente para apreciar la atenuante y qué condicionantes pueden influir en ella, sin perjuicio de desarrollar la reparación total a la víctima, pero de un modo menos extenso por ser más clara su apreciación.

Así es que la reparación parcial sólo es aceptada por los Tribunales cuando el acusado no puede llevarla a cabo en su integridad, existiendo según los autores ANTON ONECA y RODRIGUEZ MUÑOZ²⁸ una relación de progresión, lo que hace obligatorio que el sujeto proceda a intentar corregir o remediar los efectos del delito, y sólo después de haberse constatado su imposibilidad, disminuirlos²⁹, pues de lo contrario no demostraría su voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado.

En este sentido la STS núm. 294, de 19 de abril de 2011, matiza que no puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en los que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, así que con ello considera que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos. Por tanto, en cualquier caso, no caben acciones ficticias. En este sentido, encontramos las Sentencias de fecha 2 de junio de 2001 (RJ 2001/7183) y de 20 de julio de 2015, en la cuales se considera improcedente conceder efecto atenuador a dichas acciones, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado.

Pero conviene preguntarse si de verdad es exigida una reparación efectiva para conceder la atenuación penal. A este respecto la STS 21 de octubre de 2003 (RJ 2003\7643), expone que la exigencia de efectividad no debe considerarse como un requisito necesario para estimar la atenuante, lo que sí resulta exigible es la plena disponibilidad del causante según sus propias capacidades y posibilidades. Así, para esta parte de la doctrina lo decisivo es la comprobación de la concurrencia de un esfuerzo que se impone el autor. Es decir, “*no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance*” (STS de 12 de junio de 2004). A este respecto, FARALDO CABANA³⁰ considera que cabría conceder la atenuación penal cuando estamos ante conductas de tendencia sin resultado, pero esto supondría un injustificado privilegio atenuador en

²⁸ ANTON ONECA, J. / RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1949, pág. 345.

²⁹ A la vista del estudio jurisprudencial realizado en este trabajo, esta significación es la acertada pero hay otros autores como CUELLO CALON que consideran que el Código Penal no distingue entre reparación y disminución, así que el arrepentido realizará una u otra en función de sus posibilidades. Vid. CUELLO CALON, E., *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, 1981, págs. 568 y ss.

³⁰ FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 250.

tanto el mismo resulta de escasa o nula repercusión en los intereses dañados de la víctima. Así, la STS núm. 439, de 20 de octubre de 2006, confirma que, sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación.

Conviene discernir para una mejor exposición de los requisitos de la atenuante, entre estos tres posibles encajes que la misma presenta para su apreciación: primera-mente encontraríamos la ya nombrada reparación total del daño causado; en segunda instancia, ante su imposibilidad, en la medida de las posibilidades personales del acusado que serán tratadas específicamente a continuación, bastaría la disminución de los efectos del mismo³¹; en última instancia encontramos suficiente para apreciar la atenuante las conductas de tendencia³², siempre que el sujeto muestre una actitud seria de reparación o rectificación de su conducta anterior parametrada dentro de sus posibilidades³³, lo que no haría necesario para que se concediera la atenuación penal, un resultado efectivo. Esta última realidad es fuente de debate doctrinal, aunque de momento la jurisprudencia no la ha admitido como conducta con entidad suficiente para apreciar la atenuante.

2.5.1. Reparación en la medida de la propia capacidad

La idea de parcialidad conduce a la tesis de «*reparación en la medida de la propia capacidad*»³⁴, la cual conviene aclarar por no existir un “*criterio jurisprudencial consolidado*”³⁵ para definirla.

Por un lado, el Tribunal Supremo ha reconocido el plano de la propia capacidad del sujeto de forma tajante en numerosas sentencias, como por ejemplo en la Sentencia de 20 de julio de 2015 en referencia a la Sentencia de 3 de mayo de 2006, el Tribunal considera que la aplicación de la atenuante debe ser valorada a partir de un cuidadoso análisis de la actitud y solvencia del acusado³⁶. Así, en palabras del Tribunal Supremo no es asumible a quien con sacrificio repara siquiera parcialmente el daño causado y a quien la reparación total no le ocasiona esfuerzo, atendiendo a su solvencia económica, le sea aplicada la atenuante como muy cualificada (STS núm.1002, de 16 de septiembre de 2004).

Sin embargo, observamos por otro lado innumerables sentencias en la que el Tribunal emite pronunciamientos confusos en los que no tiene en cuenta la condición

³¹ CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, óp., cit., págs. 218 y siguientes.

³² Cfr. CAMPO MORENO: *El arrepentimiento postdelictual*, óp., cit., pág.3. El Tribunal Supremo ha oscilado en este punto. Cfr. la jurisprudencia recogida por CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág. 222.

³³ Vid. STS de 7 marzo de 2007: “*La reparación contendrá no sólo un pago en dinero por los daños causados, sino que estará parametrada dentro de los límites de las necesidades de la víctima y las posibilidades del autor*”. En el mismo sentido, encontramos la STS núm. 563, de 24 de septiembre de 2008.

³⁴ Vid. STS núm. 947, de 30 de junio de 2003 (RJ 2003/6328).

³⁵ Vid. en este sentido ROXIN (1992) “*Proyecto alternativo de reparación...*”, óp., cit., pág.49.

³⁶ En el mismo sentido encontramos la STS núm. 947/2003, de 30 de junio (RJ 2003/6328) y STS de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/7575).

personal del culpable para estimar o no la atenuación penal, basándose en la contribución monetaria que realiza el acusado a efectos de determinar el nivel de reparación alcanzado (STS de 2 de junio de 2001, RJ 2001/7183). Observamos casos en los que se ha concedido la atenuación penal con la simple comprobación del pago, aunque la cantidad sea ínfima, y otros en los cuales se ha declinado por no considerarse el importe suficiente, sin referencia alguna a la capacidad del sujeto. Esta falta de consideración de la capacidad personal del sujeto ha sido criticada por autores de la talla de GARRO, en términos que compartimos plenamente.

2.5.2. Nivel de esfuerzo en virtud del alcance del daño infringido

Asimismo, además de las capacidades propias del victimario se debe tener en cuenta la gravedad de la conducta delictiva y alcance del daño que éste infringió a la víctima. El Tribunal Supremo ha estimado en varias sentencias no haber lugar a la atenuación penal ya que atendiendo a la gravedad del hecho delictivo que acometió el acusado se esperaba de él un esfuerzo mayor para enmendarlo. En este sentido, encontramos la STS de 29 de noviembre de 2005, la cual alude a la proporcionalidad entre la reparación realizada y el perjuicio causado a la víctima. Igualmente, en la STS de 12 de julio de 2004, el Tribunal estimó no haber lugar a la atenuante pues el acusado podría haber ido “*mucho más lejos*” en su conducta reparadora, atendiendo a las circunstancias del caso. La misma postura es seguida en las Sentencias de 30 de junio de 2003 y de 13 de mayo de 2004, en la cual el Tribunal Supremo desestima la atenuante por reparación del daño puesto que la gravedad de los hechos hubiera requerido un sacrificio mayor por parte del acusado, debiendo éste intentar la reparación por otras fuentes, esto es, solicitando la colaboración de familiares o la posibilidad de realizar trabajos extras con la finalidad de enmendar el daño perpetrado a la víctima.

2.5.3. Persona que ha de realizarla

De igual modo es necesario que el esfuerzo reparador sea personal para cumplir con el fin políticocriminal del precepto³⁷. En este aspecto, también complejo por la serie de pronunciamientos contradictorios que acumula, nos lleva a sintetizar a partir de la generalidad de las sentencias analizadas que lo relevante no sería la fuente de donde proceden los recursos, sino que haya sido el culpable quien haya asumido la iniciativa de forma voluntaria, pudiéndose por tanto llevar a cabo la reparación por el propio sujeto directamente, o indirectamente a través de un tercero que actúa en su nombre (STS de 4 de noviembre de 2010). Y ello porque supondría discriminatorio

³⁷ CALDERON señala la inadmisibilidad de que la reparación sea efectuada por un tercero, pero sin conectarla con el fundamento de la institución. Vid. CALDERON SUSIN, *Arrepentimiento*, óp.cit. pág.223.

para aquellos acusados en prisión provisional frente a los que se encuentran en libertad. Así como poco aconsejable desalentar conductas reparadoras si no se llega a acreditar su carácter personal. Sin embargo, quedan excluidas las indemnizaciones a cargo de compañías aseguradoras en cumplimiento de sus obligaciones contractuales (STS de 23 de noviembre de 2000, RJ 2000/10154; y de 18 de febrero de 2003), así como por la falta de voluntariedad que se establece como requisito para apreciar la atenuante, la constitución de fianza exigida por el juzgado tampoco corresponde una conducta reparadora válida (STS de 20 de febrero de 2002, RJ 2002/4324; y de 20 de marzo de 2002, RJ 2002/4016). En definitiva, no es aceptable cualquier modalidad de conducta que se derive de una imposición de la Administración y no haya surgido de una decisión voluntaria del acusado (STS de 17 de mayo de 2003, RJ 2003/5771). Por otro lado, la reparación sigue siendo válida cuando es inducida o interesada, siempre que la misma sea eso sí, libre y no coaccionada (STS núm. 733, de 4 de octubre de 2012).

2.5.4. Aceptación de la reparación por la víctima

Es fruto de debate si corresponde otorgar a la víctima un papel decisivo en la procedencia de la atenuación penal. Es decir, si sería conveniente que la víctima, como principal perjudicada por el ilícito y directa receptora de la conducta reparadora, diera el visto bueno a la misma o, al menos, fuera escuchada para estimar o desestimar su concurrencia. En efecto, si lo determinante para los fines de la atenuante es la satisfacción de la víctima, lo lógico sería que la misma fuera al menos escuchada para decidir sobre la aplicación de la atenuante. Aunque no sería correcto que en sus manos descansara un poder de decisión total, siendo apropiado que el resultado final lo determine el órgano judicial.

En la jurisprudencia encontramos pocas alusiones al parecer de la víctima. Por ello, pese a que la intención es atender a sus necesidades, resulta que la aceptación por parte de la víctima de la reparación no influye en la apreciación o no de la atenuación en la pena efectuada sobre el culpable. En este sentido, encontramos la STS de 17 de octubre de 1998, en la cual el Tribunal obvia la renuncia de los perjudicados a ser indemnizados, valorando la reparación monetaria que el acusado llevó a cabo³⁸.

2.6. Reconocimiento de los hechos

En este trabajo se ha considerado importante dedicar un espacio al reconocimiento de los hechos que el acusado realice a favor de la víctima, o, lo cual motiva este análisis,

³⁸ Véase, STS de 17 octubre de 1998: “*En el caso que da origen a este recurso ha quedado probado que el procesado ahora recurrente, reparó los daños causados por sus delitos, consignando para ello cantidades incluso superiores a las que había sustraído y sin tener en cuenta que dos de los perjudicados habían renunciado a ser indemnizados*”.

el supuesto de no reconocimiento de los hechos a efectos de apreciación de la atenuación penal³⁹.

El valor positivo que supone tanto para la víctima como para el proceso el reconocimiento del delito cometido por el acusado es difícilmente discutible. Por tanto, en este apartado trataremos de contestar a la siguiente cuestión: ¿Cómo es posible admitir la reparación a la víctima cuando el acusado no reconoce haber cometido el crimen?

Parece lógico considerar que los actos posteriores al ilícito carecen de valor cuando el acusado no se responsabiliza de su conducta. Esto no es solo devastador para la víctima⁴⁰, sino que rompe con los fines a los que aspira el Derecho Penal, pues el acusado realiza actos vacíos a la espera de obtener un menor reproche punitivo sin reconocer en ningún momento haber causado el daño.

En palabras de TAMARIT SUMALLA, “no tomar en serio la necesidad de reconocimiento de los hechos constituye una de las vías para la banalización de la reparación penal”⁴¹. Es cierto que ciñéndonos a una consideración objetiva de la atenuante debemos atender a la voluntad del sujeto de reparar la lesión del bien jurídico, con independencia del motivo que le lleve a obrar de esa forma, pero ello no quita reconocer los hechos, aunque sea de igual modo una declaración vacía. No es nuestra intención ir en contra del derecho que poseemos todos los ciudadanos de no declarar contra nosotros mismos, pero sí es necesario resaltar la contradicción manifiesta que supone conceder a un individuo un beneficio penológico por tratar de enmendar el daño que le causó a la víctima si el sujeto en ningún momento admite la realización de ese daño.

No hablamos de retomar la antigua regulación que exigía que el acusado estuviera arrepentido por el hecho. Pero lo que sí es exigible es que éste adquiere conciencia de lo que ha provocado, independientemente de que sienta pesar o no; lo mínimo esperable por el Derecho, así como para la víctima que ha tenido que padecerlo, es que el acusado admita el delito. Cabe reseñar la STS núm.

809, de 11 de octubre de 2007, la cual nos dice que “la ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir”. En la misma línea encontramos STS de 11 de octubre 2007, la cual

³⁹ El apartado a) del artículo 15 de la Ley de víctimas exige que como requisito para que la víctima a un procedimiento restaurativo que el agresor admita los hechos, específicamente exige que el autor “haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad”. Igualmente, el apartado c) del artículo 12 de la Directiva señala que “el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso”, siendo el proyecto inicial de la Directiva más severo. SOLETO MUÑOZ, H., “La Participación de la víctima en la Justicia Restaurativa”, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en “<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6249891/lesiones/20120130>”

⁴⁰ “La trascendencia del establecimiento de la verdad puede valorarse quizás con mayor claridad si se cae en la cuenta del coste en términos de victimización secundaria que representa para la víctima la negación del agravio sufrido por parte de su autor” Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., “La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española”. En *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007.

⁴¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., “La difícil asunción de la reparación penal...”, óp., cit., pág. 13.

considera que tal exigencia desalentaría conductas reparadoras al tener el acusado renunciar a determinadas estrategias procesales de defensa. Y es que de nuevo observamos por la forma en que la atenuante es empleada que la misma ha quedado desvirtuada incumpliendo los fines sobre los que se erigió. Observamos que la acción de la justicia ha llevado a cabo un uso pragmático de la atenuante sin entender el propósito con el que fue concebida. Pasaremos a estudiar este despropósito más de cerca, con una sentencia del Tribunal Supremo considerada por TAMARIT SUMALLA como deplorable. Se trata de la STS de 17 de enero de 2005, “*por un delito de agresión sexual cometido contra una niña de diez años, a quien el acusado, al cabo de unos días de haber hecho objeto de tocamientos en los genitales y con la finalidad de atemorizarla, la obligó a entrar en el lugar en que había cometido anteriormente la agresión y la golpeó con un palo*”. El Tribunal Supremo aprecia la atenuante por reparación total del daño del artículo 21.5 del Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre), que había sido rechazada por la Audiencia Provincial, por entregar el acusado a los padres de la menor un total de siete mil euros con anterioridad al inicio del juicio. Es hasta cierto modo ofensivo que el Tribunal Supremo base su sentencia en la atención primaria a la víctima. Otro punto que resulta conflictivo es la parte en la cual el Tribunal trata el reconocimiento de los hechos, el mismo considera que no se trata de un requisito legal y que su exigencia podría tener sentido en los casos de reparación simbólica, pero no cuando se trata de una reparación de contenido monetario. Es decir, nos lleva a concluir que aquel que cuenta con medios económicos cuenta con mayor impunidad que el que carece de ellos. Es momento de reflexionar sobre la rebaja de la atenuante penal a criterios meramente económicos, despreciando el “*establecimiento de la verdad sobre el dinero*”⁴².

2.7. Reparación simbólica

Si atendemos al contenido literal del artículo 21.5 del Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre), observamos que éste describe como causa para la atenuación penal “*haber procedido el culpable a reparar*”, sin determinar las formas de reparación admisibles. Esto nos lleva al siguiente punto de nuestro trabajo, crucial para el desenlace del estudio: la reparación simbólica.

Acorde con los proyectos legislativos recientes en Europa, es admitida por nuestros tribunales la reparación simbólica⁴³, lo que incrementa el abanico de posibilidades reparadoras. La jurisprudencia ha desarrollado la escasa normativa existente en torno a las formas de reparación válidas a partir de una interpretación extensiva de la norma. En palabras del Tribunal Supremo, la reparación va más allá del carácter netamente civilista del artículo

⁴² Ibídem.

⁴³ Véase la STS núm. 216, de 19 de febrero de 2001, entre otras.

110 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pudiendo, otras clases de conductas, alternativas a las de carácter económico, cumplir con las previsiones del atenuante⁴⁴. Esto permite que aquellos acusados menos solventes económicamente no se vean discriminados en sus posibilidades de reparar; si ésta queda reducida exclusivamente a la indemnización monetaria, supondría asimismo concluir que nos encontramos ante una atenuante elitista: trasladaría un mensaje de impunidad a aquellas clases sociales más pudientes.

Por otro lado, el carácter universal⁴⁵ de la reparación debería acarrear la aceptación de su dimensión inmaterial, sobre todo para suplir el impacto desigual que ésta presenta sobre las distintas clases de delitos. En algunos ilícitos es la única vía posible de reparación. Gracias a la reparación simbólica, el culpable del hecho delictivo podría llevar a cabo una conducta correctora que de otro modo no podría tener lugar. En concreto, nos referimos por un lado a aquellos delitos de actividad o a los delitos de peligro. En este sentido, la inexistencia de un daño evidente no excluye la concurrencia un daño social derivado de la realización de una conducta prohibida. Podemos considerar que nos encontramos ante un daño “simbólico” que requiere por tanto una corrección en el mismo sentido⁴⁶.

Sin embargo, aunque podemos encontrar pronunciamientos favorables en niveles inferiores (SAP de Pontevedra, Sección 4ª, 9 de febrero de 2000), siguen existiendo impedimentos que posibiliten su inclusión. En síntesis, la generalidad de sentencias del Tribunal Supremo se muestran reacias a reconocer la viabilidad de la reparación cuando se trata de esta clase de delitos, reconociendo la misma solo para delitos de resultado; sólo en esta clase de delitos es posible la reparación del daño o la disminución de los efectos (STS de 31 de mayo de 2002). En este sentido, con la salvedad de pronunciamientos minoritarios⁴⁷, la posición predominante es todavía la negación del carácter universal de la reparación simbólica.

En definitiva, la jurisprudencia española no ha estado a la altura del desarrollo dogmático⁴⁸. Prueba de ello son las sentencias en las que se afirma que determinados delitos no son reparables o admiten la reparación con grandes dificultades⁴⁹. Otra prueba de su reticencia es la tendencia a comparar lo simbólico con lo nimio o irrelevante⁵⁰. Todo

⁴⁴ Véase la STS núm. 285, de 28 de febrero de 2003, entre otras.

⁴⁵ Vid. sobre el principio de aplicabilidad universal, como muestra de la posición del grupo de penalistas del ámbito germánico impulsores del Proyecto alternativo de reparación el Informe de SCHÖCH al “Deutsche Juristentag” de 1992, “Deutsche Juristentag – Gutachten”, Manchen, óp., cit., pág. 74.

⁴⁶ GARRO CARRERA, E., *Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena*, en GARRO CARRERA, E. / ASÚA BATARRITA, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 53 y 54.

⁴⁷ Escasos pronunciamientos evidencian que la misma es admitida de forma excepcional. En este sentido, véase la STS núm. 196, de 19 de marzo de 2014, la STS núm. 308, de 21 de marzo de 2014, y la STS núm. 193, de 28 de marzo de 2014.

⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La difícil asunción de la reparación penal...”, óp., cit., pág. 14.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Ibídem. TAMARIT SUMALLA critica a la jurisprudencia en este aspecto.

ello cuando se ha comprobado, a través de la investigación victimológica, que las formas de reparación simbólica como, por ejemplo, la disculpa por parte del culpable, la cual es considerada irrelevante en ocasiones por los tribunales, es para las víctimas más importante que la indemnización monetaria⁵¹. Por otro lado, la estrecha relación que, en algunas sentencias, guarda la reparación simbólica con el arrepentimiento supone un obstáculo; y evidencia la imposibilidad de prescindir del elemento moral en la valoración jurídica de la conducta postdelictiva⁵².

2.8. Responsabilidad civil y reparación del daño

Como hemos mencionado con anterioridad, en los últimos tiempos se ha incrementado la aplicación de esta atenuante por parte de los tribunales. Tal aumento podría suponer un triunfo en el fomento de las medidas reparadoras, propiciado porque el victimario ha adquirido conciencia del daño que sus acciones causan en la víctima. Lamentablemente, la realidad es bastante distinta, tal incremento es debido a que la Administración de Justicia ha tomado por hábito aplicar la atenuación penal cuando el acusado abona la responsabilidad civil exigida con anterioridad a la celebración del juicio oral, revistiendo según la jurisprudencia tal conducta entidad suficiente para considerar a la víctima reparada. Esto explica por qué en muchas ocasiones la percepción de la víctima no se corresponde con las consideraciones del Tribunal Supremo; escasas veces la víctima siente haber sido reparada⁵³. Por este motivo resulta conveniente llamar la atención sobre la difícil relación y necesaria separación entre la reparación de daño y la responsabilidad civil derivada del delito, pues, aunque no se trate de dos conceptos independientes, sí que constituyen conceptos distintos, no permitiéndose por tanto su confusión.

Dicha distinción representa una ardua tarea en tanto el propio Código Penal induce a error. En este sentido, hay que advertir la incoherencia de éste a la hora de equiparar en determinados preceptos legislativos la institución de la reparación con la responsabilidad civil derivada del delito⁵⁴. Centrándonos en el Título V, sobre la responsabilidad

⁵¹ Los resultados de las investigaciones empíricas llevadas a cabo que apuntan en esta dirección han sido recogidos por WALGRAVE, L., "La justice restauratrice et les victimes", en *Journal international de victimologie*, núm. 4, 2003, págs. 9-10.

⁵² Vid. PALMER, H., *Remorse and reparation: a judicial perspective*, en la obra colectiva *Remorse and reparation*, London, 1998, pág. 117 y ss.

⁵³ En lo que a esto respecta v. extensamente ASÚA BATARRITA, "Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena", en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista* (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 145 y ss.

⁵⁴ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, 1996, 3ª ed, pág. 240, califica de "sorprendente" la referencia a la reparación y a la indemnización como categorías diferentes. Y es

civil derivada del delito, ya en su primer artículo confunde el término de reparación asimilándolo equivocadamente con la responsabilidad civil. El precepto dice así: “*Artículo 109.1 CP: La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. Induce a confusión igualmente el precepto siguiente, en el cual subsume la reparación a la responsabilidad civil del delito: “*Artículo 110 CP: La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: la restitución, la reparación del daño, la indemnización de perjuicios materiales y morales*”. Del mismo modo, el hecho de que el legislador en dicho título dedique un precepto a la reparación del daño, nos lleva a concluir su desinterés en delimitar ambas instituciones: “*Artículo 112 CP: la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa*”. En definitiva, debemos separar la reparación descrita en el apartado quinto del artículo 21 del Código Penal dedicado a la atenuante, de lo estipulado en los artículos 109 y siguientes del mismo texto.

La consideración de la reparación penal y la responsabilidad civil como dos instituciones diferenciadas ha sido puesta de relieve por diversos autores. A continuación, iremos desgranando cada uno de los motivos que sustentan la necesaria distinción entre ambas.

Por su parte, FARALDO CABANA opina que el concepto de reparación del daño es más amplio porque éste abarca todas las formas posibles de eliminar o disminuir los efectos perjudiciales derivados del delito⁵⁵, mientras que la responsabilidad civil queda circunscrita a la existencia de un daño material cuantificable valorado exclusivamente en términos económicos⁵⁶. Pero a su vez dicho concepto de reparación es más estrecho porque no es posible que otra persona distinta del culpable la lleve a cabo; con esto nos referimos a que la conducta debe nacer de la voluntad del culpable de reparar dicho daño, aunque la materialización corra a cargo de otra persona. En cambio, la responsabilidad civil goza de mayor amplitud en tanto no exige disponibilidad del culpable, sino que la misma puede ser satisfecha por un tercero, sin mediación del acusado, de acuerdo con los principios generales acerca del pago de las obligaciones contenidos en el Código Civil⁵⁷. Asimismo, no se exige que la reparación se extienda a terceros distintos de la víctima, mientras que la responsabilidad civil se extiende a los perjuicios

que en la legislación civil ambas expresiones aparecen indistintamente utilizadas como sinónimas o diferentes, según los casos. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. Y otros: Curso de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, 1996, pág.530.

⁵⁵ FARALDO CABANA, P., “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo...” óp., cit., págs. Y ss.

⁵⁶ Es sabido que la responsabilidad civil derivada del delito se ha de imponer a los criminalmente responsables si del hecho se hubieren derivado daños o perjuicios (artículo 109).

⁵⁷ Artículo 1158 del Código Civil: “*Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor...*”. Ver en línea: “http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.14t1.html#c4s2”.

irrogados a familiares o terceros⁵⁸. Además, la reparación del daño ha de ser voluntaria, mientras que la responsabilidad civil tiene carácter imperativo, pudiéndose hacer en contra de la voluntad del sujeto. En este sentido, Campo Moreno considera que la diferencia radica en que la atenuante "*no requiere la efectividad, taxatividad que sí es exigida en los preceptos reguladores de la responsabilidad civil*"⁵⁹.

A pesar de todo esto, no existe una delimitación clara entre ambas instituciones, ya que como afirma MÜLLER-DIETZ, la naturaleza jurídica de la reparación obliga a combinar aspectos penales con reglas de indemnización civiles⁶⁰, pero ello no justifica que el legislador penal procediera a emplear ambos conceptos indistintamente. Resulta en este sentido arriesgado equiparar la atenuante como una conducta tendente a eliminar o disminuir un daño económicamente evaluable. Entenderla así supone que el montante empleado para reparar disminuye en la misma magnitud la futura responsabilidad civil que se derive del delito. Con ello, un simple adelanto por parte del acusado le otorga un beneficio penológico por una acción que va a tener que realizar de igual modo. La mercantilización de la atenuante será tratada más adelante cuando se debata sobre su fundamento, ya que su apreciación en estos casos a quien favorece es a la Administración de Justicia, no a la propia víctima. De igual modo, cuando se aplica por los Tribunales la reparación como algo distinto de la responsabilidad civil, la misma tampoco es debida a la toma en consideración de un beneficio para la víctima, sino que es utilizada nuevamente como instrumento preventivo por el Estado. En este sentido, GARRO CARRERA y SILVA SÁNCHEZ⁶¹ entienden que mientras que el Derecho Civil regula la concurrencia de un daño material o moral individual, el Derecho Penal trata la realización de un daño con trascendencia social que hace necesario además de satisfacer la responsabilidad civil pertinente, una respuesta que cumpla con los fines preventivos necesarios. Esta otra tesis será igualmente tratada posteriormente ante la realización por parte del acusado de un «*actus contrarius*» de rectificación de la norma infringida. Sin embargo, para finalizar, su falta de delimitación evidencia la incapacidad de reconocer el carácter universal de la reparación, así como la negativa a construir una atenuante que se esfuerce en tratar de devolver a la víctima al estado anterior a la realización del hecho delictivo, empleando el Derecho Penal todos los medios a su alcance para reparar totalmente el menoscabo que la víctima ha tenido que padecer.

⁵⁸ Artículo 113 del Código Civil: "*la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*". Ver en línea: "http://noticias.juridicas.com/base_datos/Vacatio/v0-cc.html"

⁵⁹ Vid. CAMPO MORENO, J. C.: "*El arrepentimiento postdelictual...*", óp., cit., pág. 3.

⁶⁰ GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, página 94.

⁶¹ A propósito, véase GARRO CARRERA, E., *Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena*, en GARRO CARRERA, E./ ASÚA BATARRITA, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 50.

3. LA ATENUANTE POR REPARACIÓN DEL DAÑO: DIVERSAS TESIS QUE FUNDAMENTAN SU APLICACIÓN

Resulta clave para el desenlace de este estudio concluir cuál es la razón de ser de la atenuante estudiada. Es por ello que este aparatado tratará de discernir cuál de las dos tesis predominantes sobre su fundamento verdaderamente responde a la intención por la que fue construida⁶². Al ser el objetivo de este estudio estudiar la misma desde la perspectiva jurisprudencial, más que entender el motivo por el cual fue elaborada, resulta determinante tratar la posterior interpretación legislativa que han hecho nuestros tribunales de la misma.

Así es que la atenuante por reparación del daño puede responder a consideraciones político-criminales que buscan atender a la víctima del delito, o bien la misma puede entenderse construida como otro mecanismo estatal más que aspira doblar la voluntad del delincuente y que éste acate el orden jurídico al cual pertenece.

Las diferencias en estas dos teorías serán tratadas a continuación a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues a partir de la misma podremos concluir cuál de estas dos visiones prima a la hora de enjuiciar, si la perspectiva individual en la cual la atenuante persigue reparar el daño concreto causado a la víctima, verdadera titular del bien jurídico atacado; o la perspectiva social, en la cual prevalece la predisposición del sujeto activo de reconocer la norma infringida⁶³. De igual manera, ello implica la contraposición de las consideraciones preventivo especiales frente a los fines preventivos generales, lo cual será desarrollado a continuación.

3.1. La atenuante por reparación desde una perspectiva político-criminal

Muchos autores coinciden en que la elaboración de la atenuante responde al auge de las denominadas “*corrientes victimológicas*”. En el mismo sentido, la doctrina jurisprudencial afirma que “*la atenuante de reparación del daño a la que hace referencia el artículo 21.5 del Código Penal a partir de 1995, constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima, que se proyecta como la ratio y el fundamento último del contexto social y jurídico*” (STS núm. 646, de 26 de abril de 1999). Sobre esto conviene preguntarse qué hay de verdad en tal afirmación, ya que por mucho que esa sea su finalidad, hemos advertido a lo largo de este estudio que dicha aspiración es prescindible además de incompleta, puesto que de un lado se admite la reparación parcial del daño, así como de otro no se han implementado otro tipo de vías que per-

⁶² MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición, págs. 81-87.

⁶³ ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21. 5º CP...”, óp., cit., pág. 101.

mitan reparar mediante estas acciones complementarias al resarcimiento económico la reparación completa de la víctima. Por ello, no puede considerarse que la reparación salvaguarde los intereses y necesidades de la víctima cuando los mismos no se encuentran garantizados. Lamentablemente, los pronunciamientos del Tribunal Supremo evidencian una incapacidad de entender las necesidades de la víctima. Yendo más allá, resulta difícil considerar que ésta sea la finalidad perseguida por la atenuante, ya que más que un objetivo no alcanzado, parece que la misma atiende a una finalidad distinta a la satisfacción de los intereses de la víctima. Lo cierto es que la ventaja penológica no se debe a la realización de actos por parte del autor en favor de la víctima, sino que si analizamos el contenido de tales actos observamos que los mismos a quien realmente benefician es al Estado; la conducta del responsable delictivo reviste de utilidad para la Administración de Justicia en tanto ahorra a la misma los trámites concernientes a la condena y abono de la responsabilidad civil. En este sentido, ALCÁCER GUIRAO critica este “*valor de resultado*” cifrado en la indemnización a la víctima en tanto la misma resulta de utilidad para la justicia y como tal, presenta base suficiente para la atenuación⁶⁴. De otro lado, otra cuestión dudosa en esta aproximación de la atenuante penal, es considerar un beneficio objetivo para la víctima la eliminación de consideraciones valorativas en su apreciación, con el propósito de no impedir conductas reparadoras si no se acreditan dichos elementos. Esta “*cuestión premial*” de la atenuante parece por todo lo antedicho una maniobra de encubrimiento estatal que en nada resulta tener como fin principal las necesidades de la víctima, sino por el contrario trata de servir a los propios intereses estatales de orientación de conductas de acuerdo con fines preventivo generales y de ahorro de esfuerzos a la Administración de Justicia.

3.2. La atenuante de reparación del daño como «*actus contrarius*» de rectificación

Reiterada jurisprudencia concede la atenuación por reparación cuando el culpable lleva a cabo un «*actus contrarius*»⁶⁵ en el que reconoce haber infringido la norma vulnerada, lo cual compensa parcialmente el desvalor de su conducta⁶⁶, y ayuda a restablecer la confianza en la vigencia de la norma que ha sido quebrantada. La figura de la atenuante opera como como instrumento de orientación de conductas, que cuenta con un mensaje persuasivo de reducción del castigo a quien lo lleva a cabo. Del reconocimiento no se exige a su vez arrepentimiento, que sí era necesario por la antigua jurisprudencia, sino que la misma debe estar parametrada atendiendo a criterios obje-

⁶⁴ Ibídem, pág. 84.

⁶⁵ En este sentido, véase STS de 6 de octubre 1998: “*cabe la reparación cuando el autor realiza un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma...*”. En el mismo sentido, las sentencias de 9 de abril de 2001, y 29 de abril de 2005.

⁶⁶ Véase la STS 9 de abril de 2001, la STS 3 de octubre 2003 y la STS de 22 de junio de 2012.

tivos y normativos⁶⁷. Por ello frente a la supuesta perspectiva preventiva especial antes mencionada y desmontada, esta teoría no se funda en atender a la víctima, sino que pretende la evitación del delito o la reincidencia⁶⁸, citando a W.HASSEMER, señala que la aparición de las teorías preventivas generales puede ser considerada como el segundo gran momento neutralizador de la víctima, el primero correspondería a la asunción del “*ius puniendi*” por el Estado. De esta manera, la línea de actuación estatal en los comienzos se limitaba a la prevención general negativa, caracterizada por reprender al delincuente que comete el hecho delictivo, sin embargo, la misma se extiende y recoge otra manifestación preventiva distinta de la intimidación, que sería conseguir que el responsable delictivo se someta al Estado de Derecho, de acuerdo con los fines de prevención general positiva. Es decir, como desarrollamos con anterioridad, la reparación sirve a finalidades sociales que trascienden las individuales. Resulta criticable que la redacción de la atenuante no exija ningún elemento subjetivo⁶⁹ y la tesis del «*actus contrarius*» pretenda exigirlo, pretendiendo la “*asunción de responsabilidades por parte del infractor*” o lograr un “*reconocimiento de la norma vulnerada*”. En este sentido, es conveniente a la vez que llamativo incluir exigencias de valoración no consideradas aceptables cuando hablamos de reparar a la víctima, pero sí cuando pretendemos que se reconozca la violación de la norma.

En definitiva, esta concepción claramente aleja a la atenuante como instrumento ideado para velar por la víctima. De hecho, me atrevo a aventurar que la víctima aparece de nuevo instrumentalizada por el Derecho Penal, pues a lo que se atiende de la conducta reparadora no es que el responsable remedie el daño que le causó a la víctima, sino que importa más que tal acción implica un comportamiento positivo del autor al reconocer el orden normativo vulnerado y su voluntad de regresar a él⁷⁰. De hecho, los fines preventivo especiales que la reparación alcanza constituyen un efecto residual no buscado, pero de suerte para la víctima, en ciertas ocasiones logrado.

CONCLUSIONES

Observamos a partir de la generalidad de sentencias analizadas rasgos de indefinición en la configuración de la atenuante, así como falta de seguridad jurídica sobre cuándo nos encontramos ante un supuesto merecedor de atenuación penal. Asimismo, no se delimita claramente la vertiente individual con el plano colectivo a la hora de

⁶⁷ Vid. GARRO CARRERA, E., “*Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación ...*” óp., cit., págs. 45 y ss.

⁶⁸ BONET ESTEVA, M. (1990) La víctima del delito..., op. cit., pág. 120.

⁶⁹ MIR PUIG, S., “Derecho Penal...” óp., cit., págs. 623 y ss.

⁷⁰ ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21. 5º CP...”, óp., cit., pág. 96.

expresar por qué se ha concedido la atenuante. En definitiva, sería necesario definir no solo jurisprudencialmente una línea de seguimiento clara, sino también legalmente sería correcto establecer de forma unánime los requisitos que debe presentar la conducta del sujeto para apreciar la atenuante.

La objetivación que ha sufrido el precepto no parece deberse al fomento de conductas reparadoras o para evitar la intromisión en la esfera interna del victimario, sino que más bien con ello se ha conseguido reducir requisitos que en mi opinión personal, eran esenciales, con el propósito de llevar a cabo un uso pragmático del mismo.

Tengo ciertas dudas que la atenuante haya sido configurada para velar por la víctima, en tanto el establecimiento de los requisitos necesarios para apreciarla no responde ciertamente a la satisfacción de sus intereses y necesidades.

Considero que el establecimiento del límite temporal, y esa pronta reparación del daño, enmascarada en una “*voluntad normativizada*”, han sido ideados para agilizar y liberar a la Administración de Justicia del trámite de condena y abono de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal. Resulta contradictorio que en múltiples pronunciamientos el Tribunal Supremo evite tomar en consideración requisitos subjetivos que tengan que ver con las motivaciones o pensamientos del victimario, porque tales apreciaciones carecen de engarce jurídico, así como limitan conductas reparadoras, y de otro lado sí presuponga que las conductas llevadas a cabo con posterioridad a la celebración del acto del juicio oral no se deben a una verdadera voluntad reparadora, inadmitiéndolas. De hecho, resulta llamativo, así como conveniente para el aparato judicial, que todas las sentencias analizadas hasta ahora relativas a la aplicación de la atenuante analógica una vez sobrepasado el límite temporal establecido, consistan en acciones de contenido monetario.

Asimismo, el requisito objetivo parece haber sido construido sobre los fines de prevención general positiva, esto es, centrándose el Estado una vez más en el delincuente y no en la víctima. De un lado se admiten conductas reparadoras de escaso resultado. Y de otro, no se han desarrollado ni otorgado la importancia que merecen a otro tipo de vías, como es la reparación simbólica, pese al enorme valor que las mismas poseen para la superación del delito por la víctima. Sin duda porque esta clase de vías a quien de verdad compensan es a la víctima. En definitiva, no se han preocupado de aumentar el abanico de posibles conductas reparadoras, atendiendo así correctamente a la víctima y asegurando que de un modo o de otro ésta obtenga su satisfacción. En lugar de eso, los Tribunales han despreciado tales conductas centrándose mayoritariamente en la reparación inevitablemente referenciada en términos económicos. La única vía de reparación simbólica que sí ha recibido la atención y desarrollo debido no es otra que la realización de un «*actus contrarius*» por el acusado, en la cual el Estado ocupa el lugar de “*juez*” y “*víctima*” primando el reconocimiento por parte del acusado de la vulneración de la norma, y no del daño perpetrado a la víctima, titular auténtica del bien jurídico que la norma pretende proteger. Observando las conductas y resultados a los cuales los

Tribunales prestan interés, esta atenuante supone de nuevo un instrumento estatal que trata de rehabilitar al delincuente, no promover la satisfacción de la víctima.

De otro lado, como mencionábamos al comienzo de las conclusiones, resulta decepcionante que uno de los cambios que sufrió la atenuante en el nuevo código fuera la eliminación en su redacción de la referencia a la “*satisfacción de la víctima*”. Personalmente, estoy en contra de quien afirma que suprimirlo no perjudica a la víctima, a mi juicio, lo hace. Esta modificación respalda de nuevo la postura mantenida a lo largo de las conclusiones, pues en la configuración actual de la atenuante se ha eliminado un requisito que a quien único respondía era a la víctima, y que garantizaba por ley la satisfacción de su interés. Nos encontramos lejos de ser capaces de elaborar un precepto legislativo para ella, en el cual no se traten de encubrir otra clase de intereses.

De otro lado, el reconocimiento de los hechos por el victimario debería considerarse intrínseco a la conducta reparadora. Pecaré de moralista en esta materia, y por tanto me encontraré en un nivel de comprensión claramente inferior al de los juristas que decidieron que el camino de la objetivación era el correcto, pero no puedo llegar a comprender esta atenuante sin el reconocimiento del sujeto de haber realizado un daño a la víctima. En mi opinión, hay distinción entre reconocer haber cometido el ilícito, y estar arrepentido por ello.

El reconocimiento y el arrepentimiento deberían ser contemplados por el Derecho Penal como dos campos distintos de asunción de responsabilidad. Para explicar mejor esta aproximación, creo conveniente realizar un paralelismo con otra institución que cuenta el Derecho Penal respecto al acusado. A modo ejemplificativo, el Derecho Penal admite la prestación de conformidad del acusado, lo cual implica el reconocimiento por éste del delito que se le imputa. Y es que la misma sí resulta apropiada para una terminación pronta del proceso, pero no procede en la atenuante que nos ocupa. Del mismo modo, cuando atendemos a las atenuantes específicas en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en la redacción de estos preceptos sí queda recogido claramente como requisito necesario para la atenuación penal el reconocimiento de los hechos por parte del acusado. Debemos reflexionar sobre la distinta vara de medir utilizada en aquellos delitos en los que el perjudicado es un ciudadano, y aquellos otros en los cuales se atenta en primera instancia contra el Estado.

Es hora de que nuestros operadores jurídicos tomen en serio lo qué significa ser víctima en un delito, que plasmen esas necesidades en el cuerpo legislativo, y que hagan lo posible para que la víctima puede recuperarse de la mejor forma posible de ese episodio. Una de las vías posibles para conseguir una verdadera reparación es esta atenuante, la misma solo necesita responder verdaderamente a los fines que cree defender. Asimismo, los progresos alcanzados en el campo de la justicia restaurativa ayudan a alcanzar este objetivo de entender a la víctima y garantizar sus necesidades.

Mi aportación personal es que ninguno de los dos posibles fundamentos de la atenuante penal responde a una política de favorecimiento de la víctima, sino que por

el contrario la Administración de Justicia obtiene de ambas un beneficio. En definitiva, es hora de la víctima, y solo de ella.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 61, 1997.
- ANTON ONECA, J./ RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1949.
- ASHWORTH, A., *Victims’ Rights, Defendants Rights and Criminal Procedure*, en Crawford, Goodey, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, 2000
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Ed. AKAL, Madrid, 1997.
- BONET ESTEVA, M. (1990) *La víctima del delito...*, op. cit., pág. 120.
- CALDERÓN SUSÍN, E., *Arrepentimiento*, Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 1990.
- CAMPO MORENO, J. C., *El arrepentimiento postdelictual*. Valencia, 1995.
- CUELLO CALON, E., *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, 1981.
- DEL ROSAL, J., *Lecciones de Derecho Penal español*. Ed. S. Aguirre Torre Impresor, Madrid, 1960.
- FARALDO CABANA, P., “El fundamento de exención de la pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm 11, vol. 7.
- FARALDO CABANA, P., “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997.
- GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 2011.
- GARRO CARRERA, E., *Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena*, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HIRSCH, H. *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*.

- MACHADO SÁNCHEZ, K. “La regulación de las circunstancias atenuantes en varias legislaciones penales”, en Noticias Jurídicas, 2003.
- MACÍAS PERIANES A.: “Aplicación de la atenuante por reparación del daño en el ordenamiento jurídico español”, disponible en “<https://atresadvocats.wordpress.com/tag/reparacion-del-dano/>”
- MAGRO SERVET, V. “Aplicación práctica de la atenuante de reparación del daño causado a la víctima del delito”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, 1996, 3ª edición.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 9ª edición, 2011.
- ORTS BERENGUER, E/ VIVES ANTÓN, T.S/ BOIX REIG, J. “Comentarios al Código Penal de 1995” en VIVES ANTÓN, T.S (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PALMER, H., *Remorse and reparation: a judicial perspective*, en la obra colectiva *Remorse and reparation*, London, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996.
- ROXIN, *Proyecto alternativo de reparación* (Alternativ Entwurf Wiedergutmachung), Alemania, 1992.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La Participación de la víctima en la Justicia Restaurativa”, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en “<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6249891/lesiones/20120130>”.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. B de F, 2010, 2ª Edición.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional” en *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, (dir. P. M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, H. SOLETO MUÑOZ), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española”. En *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Política criminal con bases empíricas en España”, en *Polít. Crim.*, núm. 3, 2007, pág. 4, disponible en “http://politicacriminal.cl/n_03/a_8_3.pdf”.
- WALGRAVE, L., “La justice restauratrice et les victimes”, en *Journal international de victimologie*, núm. 4, 2003.

Capítulo XVII

REPARACIÓN Y MODELOS DE JUSTICIA REPARATIVA

Victoria Martínez Martínez

1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1.1. Antecedentes y contextualización

Antes de sumergirnos en el concepto de Justicia Restaurativa¹ es necesario abordar primero la noción de Justicia. La JR surge como respuesta a la insatisfacción de la sociedad a una aplicación de un sistema de Derecho Penal tradicional basado en la punición y castigo del ofensor que no logra subsanar los agravios suscitados por los conflictos penales, no consiguiendo responder el Estado a las demandas tanto de las víctimas, ciudadanos y hasta los propios profesionales.

A lo largo de la historia diferentes autores han pretendido dar respuesta a ¿Qué es justo? Desde una visión positivista destacar el pensamiento de H. Kelsen que identifica la justicia con una virtud de la persona, Kelsen considera que un individuo es justo cuando actúa en concordancia a un orden calificado como justo, considerando un orden social determinado justo *“cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y a todos les permite lograr la felicidad”*². En esta línea Aristóteles atribuye a la justicia una función rectificadora, consistente en la restitución de la igualdad mermada en la interacción entre individuos, restableciendo así el provecho y el daño. Aristóteles concebía que se infringía la igualdad cuando se producía un daño o un provecho y solo tras el sometimiento al juez, se volvía a la situación inicial, al restaurar la igualdad que había antes de que se produjese el determinado acto injusto. Así exponía que *“el juez restablece la igualdad; ocurre como si se tratase de una línea dividida en partes desiguales, restase aquello por lo que excede de la mitad el segmento mayor y lo añadiese al segmento menor. Y una vez dividido igualmente el todo, entonces se dice que cada parte tiene lo suyo, es decir, cuando se consigue la igualdad”*³

¹ A partir de ahora JR

² KELSEN, Hans. 1982: Ensayo ¿Qué es la justicia?, Barcelona: Ariel.

³ ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco: Libro V, Capítulo III

A lo largo de los últimos siglos fueron surgiendo numerosas teorías procesal-penales que afrontan desde distintos enfoques cómo imponer un castigo que produzca la resarcimiento del daño causado por la comisión del ilícito, para así lograr la resolución de conflictos y restaurar la igualdad, que como indicaba Aristóteles, sólo podía alcanzarse a través del sometimiento a un juez .

El Sistema Penal tradicional en el que tiene la base el modelo español se caracteriza por estar fuertemente influido por las corrientes retributivas o absolutas fundadas principalmente en la justificación del uso del “*ius piunendi*” del Estado⁴, dando menos importancia a la víctima al solo centrarse en la debida reparación patrimonial. Este modelo defiende la retribución como principio ineludible para asegurar la justicia. Una retribución impuesta por el Estado como condición recogida en las leyes derivada de la comisión de un ilícito, y por ello siguiendo la razón la pena ha de ser cumplida. De este modo se puede afirmar que el actual sistema penal concuerda con el modelo de justicia y retribución que enunciaba I. Kant, en el libro *Metafísica de las Costumbres*. Sistema que entiende que el fin último de la pena es el castigo, en esencia a máxima Ley del Tali3n que enuncia el castigo como aproximaci3n a la igualdad, respetando los l3mites de la responsabilidad del ofensor con una pena proporcional al mal infringido por el delito⁵.

Tal y como enunciaba Kant el elemento legitimador del sistema es la retribuci3n (siempre y cuando se adecue a los requisitos m3nimos de racionalidad), el Estado emplea su capacidad punitiva sobre el ofensor exigi3ndole una responsabilidad penal establecida en presunciones generales que recoge el sistema, apartando a la v3ctima del proceso y dej3ndole en una posici3n de mero acreedor de la responsabilidad civil generada en el proceso penal del cual es ajeno⁶.

Con la expansi3n del Estado de Derecho, se desarrolla el concepto de justicia en torno al fin de la prevenci3n general como forma coactiva de perseguir la represi3n o castigo del delincuente. Todo ello legitima al Derecho Penal, y en 3ltima instancia el papel coactivo del Estado, a imponer sanciones sobre los individuos⁷. M3s tarde, surgir3n teor3as en torno a la prevenci3n general y prevenci3n especial., como son las teor3as utilitaristas.

A partir del concepto de Justicia que se ha introducido en el presente ensayo, se puede explicar el fen3meno de normatividad en base a la racionalidad que se presume de una norma adecuada a determinados valores. La normatividad se asienta sobre la premisa de que de una norma se extrae una fuerza de consenso del 3rgano legislativo, aceptaci3n

⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M, 2012: “Fines de la pena y Justicia Reparadora” en *Sobre la mediaci3n penal, Posibilidades y l3mites en un entorno de reforma del Proceso Penal Espa3ol*. 1º Edici3n. Aranzadi. P3g. 127 y ss

⁵ CORTINA ORTS, Adela. 2008: *Estudio Preliminar en Metaf3sica de las Costumbres*, Kant I., Madrid: Tecnos. P3g. 58 y ss

⁶ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M, 2012: “Fines de la pena y Justicia Reparadora” en *Sobre la mediaci3n penal, Posibilidades y l3mites en un entorno de reforma del Proceso Penal Espa3ol*. 1º Edici3n. Aranzadi. P3g. 128 y ss

⁷ *3bidem*.

social y lo que dota al Estado de una capacidad de exigir y hacer cumplir lo ordenado (*ius piuniendi*). La razón por la que persiste el sistema penal tradicional al que nos hemos acercado se debe principalmente a dos influencias actuales como son el “Populismo punitivo” y el “Modelo de Litigiosidad”, como eco de la sociedad que requiere penas más duras⁸.

El sistema actual sufre un proceso de tipificación de cada vez más conductas perseguibles e incluso existe una tendencia a imponer penas de mayor gravedad, en otras palabras, se amplía el ámbito de aplicación de las penas más graves como es la pena privativa de libertad. La sociedad exige penas más altas, especialmente para aquellos casos que crean mayor conmoción, llegando al punto que en línea a este populismo penal han surgido en nuestro país tendencias a favor de la instauración en nuestro sistema de modalidades de la pena ya superadas como es la cadena perpetua. No obstante, es confuso pensar que por endurecer las penas se va a lograr reducir la criminalidad.

Así mismo asistimos a una corriente denominada por algunos autores como “cultura del litigio”, un fenómeno de juridificación de todo acto susceptible a tipificación, dándose un proceso de extensión de la tutela jurisdiccional de la Administración de Justicia. No obstante, pese a este proceso que tiende a tipificar toda conducta humana alejándose de los principios de intervención penal del derecho penal y subsidiariedad no ha conllevado una reducción al mismo nivel de la criminalidad, ni una protección mayor a la víctima, tampoco una reinserción más efectiva del ofensor, ni una sensación general de seguridad por parte de la ciudadanía y mucho menos un aumento de confianza en el sistema⁹.

Por lo tanto, en vistas al sistema y a las soluciones que ofrece el Estado por el procedimiento tradicional caracterizado por un cierto rigorismo punitivo que no logra adecuarse a las necesidades actuales de la sociedad en general, y específicamente a los agentes que se ven involucrados en concreto por la comisión del hecho delictivo. El sistema actual no responde a las necesidades de la sociedad, tampoco se revela como justo, así mismo no se consiguen los objetivos últimos de la política criminal de resocialización y reeducación. Y mucho menos de una disminución efectiva de la criminalidad ni un aumento de la confianza en el sistema¹⁰.

Así se explica que surja el modelo de Justicia Restaurativa entre otros ADR, como respuesta a una inadecuación de la “eficacia práctica del Derecho Penal y sus fines”¹¹, buscando una alternativa de aprendizaje de aquella conducta correcta.

⁸ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi.

⁹ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M, 2012: “Fines de la pena y Justicia Reparadora” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi. (Pág.127 y ss)

En definitiva, la JR surge como forma de superar el sistema de justicia penal tradicional y los factores que han impulsado este proceso SOLETOMUÑOZ los resume en cinco: a) corrientes retributivas, b) corrientes de empoderamiento social, c) ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia, d) fines de reinserción y e) importancia de la víctima¹².

1.2. Concepto justicia restaurativa

La JR es el procedimiento por el cual ofensor y víctima resuelven de manera conjunta las consecuencias del delito para subsanar el daño causado por la comisión del delito y las posibles implicaciones futuras¹³. Este concepto se ha ido perfilando y matizando a partir del desarrollo normativo de la práctica de JR, así señalar las siguientes definiciones:

La JR es entendida en la Directiva de víctimas 2012¹⁴ como una «*justicia reparadora*» y la define como “*cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial*”.

Por otro lado, el Manual de Naciones Unidas¹⁵ define la JR como “*Cualquier proceso en que la víctima y el ofensor, y cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto y activamente en la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador*”. El Manual de Naciones Unidas al hablar de JR lo denomina como un «*proceso restaurativo*».

Así mismo, los Principios Básicos de Naciones Unidas¹⁶ señalan que “*Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionada*”.

Tras las distintas definiciones que han ido proporcionando los órganos supranacionales, se puede extraer que la JR nace como disyuntiva para dar una respuesta a una sociedad que se encuentra insatisfecha con la justicia tradicional a través de un proceso

¹² SOLETO MUÑOZ, Helena., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional” en Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español, (dir. P.M.GARCIANDÍA GONZÁLEZ, H. SOLETO MUÑOZ), ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp.

¹³ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. 2008: Justicia Restaurativa y Mediación penal. LEX NOVA, NUMERO 23/2008. Pág. 6

¹⁴ Artículo 2 d)

¹⁵ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre programas de justicia restaurativa. Pág. 1 y ss

¹⁶ Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal.

de solución de conflictos de manera pacífica que se va a caracterizar por la integración de los individuos, la voluntariedad y la tolerancia. Tal y como se pronunció el Consejo Económico y Social el último fin de la justicia restaurativa es lograr un reequilibrio de los intereses de todas las partes que directa o indirectamente se han visto relacionadas con el comiso del delito a través de una recomposición de las relaciones sociales entre las partes para llegar al fin de «la reinserción social» del delincuente¹⁷.

Destacar el impulso del Manual de Naciones Unidas sobre Programas de JR, ya que sirve de herramienta de introducción en procedimientos de JR, al sintetizar de manera práctica los distintos modelos favoreciendo de este modo la implementación de métodos de resolución de conflictos basados en JR como complemento en los distintos sistemas penales. El discurso del Manual de Naciones Unidas gira en torno a los daños y necesidad de las víctimas, como parte olvidada dentro del proceso. Así se presenta la JR como un “*método de prevención y respuesta al delito y desorden social*” a través de un proceso flexible que se adecuará a cada ofensor, víctima y caso en particular. Gracias al proceso de JR el ofensor será capaz de entender las consecuencias de sus actos y gracias a los especialistas y las partes involucradas podrá asumir su responsabilidad, buscando en todo momento del proceso la colaboración activa de la comunidad¹⁸.

Para lograr el fin último fin de esta metodología, la reinserción social del delincuente y reparación del daño de las víctimas, se deben de cumplir una serie de presupuestos que derivan directamente del carácter procesal-penal como son: un proceso penal donde la víctima sea identificable y que esté dispuesta a participar. Un presupuesto elemental va a ser la voluntariedad, no basta con que la víctima acepte a participar en el proceso, el actor del delito también tiene que acceder voluntariamente a participar responsabilizándose de sus actos. Mencionar que cuando se hablan de las distintas partes que participan en el proceso restaurativo, a diferencia con el proceso penal donde se identifica tan solo un agresor y una víctima como propietaria del bien jurídico protegido dañado, en este proceso se invita a participar a toda y cada una de las personas que directa o indirectamente hayan tenido contacto o responsabilidad con el incidente acaecido, ya que en el proceso de JR no sólo se busca responsabilizar al ofensor y compensar el daño a la víctima, también hay que destacar el papel activo de la comunidad como parte del todo, gracias a la flexibilidad que caracterizan estos procesos.

Por último, señalar como base subyacente de toda práctica en materia de JR: que el ofensor trate de reparar a la víctima por el daño causado; el ofensor haya asumido su responsabilidad y se responsabilice de este modo de las consecuencias de sus actos sobre la víctima y/o la comunidad consiguiéndose de este modo el fin de prevención

¹⁷ Vid. Art. 22 Constitución Española

¹⁸ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre programas de justicia restaurativa. Pág. 1 y ss.

especial; la víctima obtiene la oportunidad de expresar sus sentimientos al participar y la comunidad debe de apoyar estos procedimientos participando en los mismos¹⁹.

1.3. Objetivos

Para que cualquier programa de JR cumpla los objetivos que se enuncian a continuación es primero necesario que la víctima sea identificable y participe voluntariamente, y que el victimario acepte su responsabilidad y que su participación en el programa no sea impuesta²⁰.

El Manual de Naciones Unidas señala los siguientes valores y objetivos que cumplen los distintos programas de JR:

Respuesta al hecho delictivo, es decir, a través del consenso restaurar el orden y paz de la comunidad. La forma de solucionar el conflicto es reparar a las víctimas, llegar a un acuerdo atendiendo a las causas últimas del delito y así reparar las relaciones que se ven afectadas a la vez de servir como ejemplo para la comunidad.

Motivación de las partes involucradas, con especial atención de los delincuentes para facilitar la asunción posterior de responsabilidades sin que se sientan atacados. Pero no sólo a los ofensores, así mismo a todo tercero que tenga cierta relación con la comisión del delito o las causas que llevaron al mismo. Lo que se busca es que el ofensor además de comprender y asumir la responsabilidad de sus actos, es potenciar su posterior inmersión en la comunidad a través de la inteligencia emocional y en última instancia mejorar la relación con víctima y/o familiares.

Dar apoyo a las víctimas, es un proceso orientado a la víctima, ya sea a través de su participación, motivación, dándoles en todo momento la información que precisen y haciendo que se sientan que tienen voz en el proceso. Así, al poder reflejar las necesidades, intereses y deseos en el conflicto que puedan verse ignoradas en el procedimiento penal, en este proceso se tienen en cuenta para lograr una efectiva conciliación.

Identificación de los factores que causaron del delito, para un uso posterior por las distintas autoridades o la política criminales encaminadas a reducción de la clase del delito en cuestión.

¹⁹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre programas de justicia restaurativa. Pág. 8 y ss.

²⁰ *Ibídem*

Identificación de los resultados restaurativos y directos. Para lograr la reparación real de las víctimas por el comportamiento delictivo a partir de la reparación en las relaciones con el ofensor, buscando el bien común.

Denunciar la conducta delictiva como inadmisibles y consolidar los valores de la comunidad. La forma de denuncia no es la tradicional, se caracteriza por ser más flexible al tener en cuenta las condiciones particulares que se dieron a la hora de comisión del delito como las distintas partes que se ven involucradas y así conseguir adecuar los valores de la comunidad con las reglas de conflicto.

Reducción la reincidencia logrando así la reinserción en la comunidad. Si el ofensor consigue comprender su comportamiento y sus consecuencias se puede intervenir en la actuación futura del delincuente consiguiendo una reinserción efectiva.

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCESO PENAL

2.1. Legislación aplicable y especialidades

Si bien se ha producido un incremento plausible del uso de prácticas de JR en Europa como nuevo método de solución de conflictos basado en la reparación a la víctima del daño producido, la legislación penal española se ha caracterizado por un proceso lento en la transposición de la normativa y recomendaciones supranacionales, especialmente en el Derecho Penal de adultos. Se ha de diferenciar el ámbito penal de adultos, con el de menores que ofrece una práctica responsabilizadora mucho más implantada en nuestro país desde el punto de vista de la práctica como legislativo con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, que regula la responsabilidad penal de los menores. No obstante, tal y como más tarde se expondrá, en el Código Penal de 1995 se pueden ver alusiones a la reparación de la víctima y a distintos beneficios tanto jurídicos como penitenciarios que el ofensor puede adquirir si se lleva a cabo tal reparación²¹.

Será entonces la normativa internacional la que guía la aplicación de la JR y la mediación en procesos penales que dan cobertura a determinados principios constitucionales tales y como son el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y la aplicación de penas y medidas de seguridad dirigidas a la reeducación y reinserción del art. 25 de la CE²² como demanda el Estado Social Democrático de Derecho(art.1),

²¹ VALL RIUS, Anna. 2006: El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española.

²² DOMINGO DE LA FUENTE, Virgina. 2008: Justicia Restaurativa y Mediación penal. LEX NOVA, NUMERO 23/2008.

un Estado que resuelva de forma efectiva los conflictos sociales dotando de los medios de defensa que permitan la participación activa en el conflicto de la víctima, interesados y la propia comunidad.

2.1.1. Normativa internacional

Naciones Unidas

Cabe destacar el papel de las Naciones Unidas con la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder*²³, que dicta unos principios básicos como son la restitución y la compensación a las víctimas y establece que “*cuando proceda se utilizarán mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación... a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. e insta a una participación más activa de la víctima*”.²⁴ Sin olvidar, el papel fundamental en la promoción de los determinados mecanismos de resolución de conflictos de la sesión 11ª del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 2002,²⁵ que estudia a fondo la JR y su papel en el procedimiento penal, disponiendo para tal fin los principios básicos para el uso de los distintos programas de JR, los cuales posteriormente se explicarán.²⁶

Unión Europea

En el ámbito europeo, señalar como bases principales que han servido de guía a la hora de aplicar prácticas basadas en JR, la Decisión Marco del *Estatuto de la víctima en el proceso penal*²⁷ que define la mediación en procesos penales como “*una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente*”. La Decisión Marco busca la aplicación efectiva de las disposiciones concernientes a “*la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*” recogidas en el Tratado de Ámsterdam,

²³ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder* aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

²⁴ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. *JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL* LEX NOVA, NUMERO 23/2008

²⁵ *Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas* (Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal) 11ª sesión celebrada en Viena los días 16 a 25 de abril de 2002.

²⁶ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi.

²⁷ Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la UE relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004)

indica el marco normativo aplicable a las prácticas de mediación en procesos penales a desarrollar por la UE para una posterior incorporación en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros y señala que aquellos acuerdos o disposiciones a las que se llegue a partir de la mediación no afecten a las resoluciones propias del proceso civil²⁸.

En la actualidad, esta Decisión Marco ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE²⁹ que establece unas normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. La actual Directiva define la JR con un mayor enfoque en la víctima, ya la justicia tradicional ha desarrollado un procedimiento que gira en torno al ofensor. Un mayor apoyo y satisfacción de las víctimas puede basar los cimientos para la reinserción del ofensor reconociendo su responsabilidad, lo que al final repercutirá positivamente tanto en las víctimas directas, al tener “la seguridad” de que el infractor no volverá a quebrantar la ley, como en las víctimas potenciales, dotando de mayor seguridad a la sociedad. Por lo tanto, tal Directiva señala la JR como un derecho.

Así mismo, distintas Recomendaciones del Consejo de Europa reclaman a los Estados Miembros una integración de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos penales en sus sistemas, con una participación efectiva de la víctima. Más numerosas las distintas resoluciones del Consejo de Europa, señalar principalmente La Recomendación núm. R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, realizando las siguientes consideraciones:

“Que los Estados Miembros tienden cada vez más a recurrir a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al procedimiento penal tradicional.

-La necesidad de posibilitar una participación personal activa en el procedimiento penal de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como partes, así como de implicar a la comunidad.

-Reconoce el interés legítimo de las víctimas para que puedan expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, obtener razones de él, explicaciones y una reparación.

-Que es importante reforzar en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y darles la oportunidad de rectificar.

-Reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de los conflictos y a una Justicia penal con resultados más constructivos”³⁰

²⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, Virgina. *JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL* LEX NOVA, NUMERO 23/2008. Pág. 39

²⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012

³⁰ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi. Pág 81 y ss.

2.1.2. Normativa nacional

El marco normativo español hasta el desarrollo del Estatuto de la Víctima³¹ en Abril del 2015, se ha caracterizado por la ausencia de referencias a la mediación y a la JR como medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Penal de adultos.

En lo que concierne al Derecho Penal de menores con la introducción en el ordenamiento de la Ley Orgánica 5/2000³² reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) y el reglamento que lo complementa, Real Decreto 1774/2004³³ ha supuesto una dirección hacia procedimientos en palabras de REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto “*de naturaleza sancionadora educativa*” que ha orientado la política criminal hacia la reeducación y responsabilización del menor para llegar a través del acuerdo a la conciliación de víctima y ofensor³⁴. Al operar el principio de oportunidad en esta clase de conflictos, se consigue centrar el proceso en la resocialización del ofensor lográndose los fines de prevención especial al dar una respuesta individualizada a cada caso concreto y no aplicar principios meramente punitivos³⁵.

La ausencia de alusiones a la JR en el Derecho Penal de adultos antes del Estatuto de la Víctima ha llevado en la práctica de los últimos años a la aplicación de preceptos que aunque no hacen referencia literal a instrumentos de JR, sí a la reparación voluntaria. Así, en el CP de 1995 se prevé la reparación como productor de ciertos efectos jurídicos como puede ser una atenuante de la pena (posteriormente se desarrollarán los efectos jurídicos).

Con la reciente entrada en vigor del Estatuto de la Víctima se da cobertura a la regulación legal del instrumento de la JR en los ordenamientos tal y como insta la Decisión Marco. Así, por primera vez en el Derecho Penal de Adultos se pueden apreciar las primeras referencias expresas a los servicios de JR, y así en el artículo 15 desarrolla la JR como:

“Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;*
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;*

³¹ Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito.

³² Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

³³ Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio que desarrolla en profundidad el procedimiento de mediación y los distintos acuerdos que se pueden obtener de tales prácticas.

³⁴ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi.

³⁵ VALL RIUS, Anna. 2006: El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española.

- c) *el infractor haya prestado su consentimiento;*
- d) *el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y*
- e) *no esté prohibida por la ley para el delito cometido.”*

2.2. Modelos de justicia restaurativa

Antes de sumergirnos en la problemática de este ensayo sobre los distintos momentos de aplicación de los mecanismos de JR (fase de instrumentalización, enjuiciamiento y ejecución), es conveniente distinguir la relación de los distintos procedimientos de JR con el sistema de Justicia penal. Se puede atender a partir de la clasificación efectuada por Helena SOLETO MUÑOZ los siguientes modelos³⁶:

A) Sistemas complementarios a los Tribunales

Los sistemas complementarios de los programas de JR se caracterizan por aplicarse de forma accesoria a los Tribunales y por ello son los más usados en aquellos sistemas penales de tipo tradicional. Aunque se apliquen tales sistemas en conexión a la actuación de los tribunales, no necesariamente los procedimientos de JR se corresponden con un sistema administrativo de Justicia. La implementación de este modelo supone muchas veces la aplicación de una serie de ventajas procesales para el ofensor como son una rebaja de la calificación, una reducción de la pena, beneficios para el procesado e incluso el acuerdo reparatorio puede concluir con una sustitución o suspensión de la pena.

Respecto al momento procesal en el cual se aplican dichos sistemas complementarios no viene determinado, si bien parece que cuanto antes se lleve a cabo el proceso de JR, mejores resultados se lograrán y más efectivos. En el derecho comparado, como el anglosajón mucho más avanzado en materia, existe una total flexibilidad ante el momento de aplicar estos sistemas, si bien dependiendo de las distintas fases del procedimiento penal el órgano competente de realizar tales prácticas variará (Policía, Tribunal, autoridad penitenciaria...).

B) Sistemas alternativos al enjuiciamiento

Estos sistemas suponen una alternativa real al enjuiciamiento y son un sistema alternativo de solución de conflictos cuyos resultados y conclusiones ya no guardan

³⁶ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: “La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional”, en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1ª Edición. Aranzadi. Pág. 63 y ss

relación con el proceso. Es decir, en los sistemas alternativos la aplicación de procedimientos de JR son autónomos en sí mismos y, al derivarse antes de que se haya comenzado a tramitar el procedimiento penal, se va a poder prescindir del mismo.

Pese a que es una práctica extendida en los países nórdicos de Europa y en Estados Unidos, en nuestro sistema de corte tradicional dónde el Estado conserva muy de cerca la prerrogativa del “ius puniendis” solo existen casos muy concretos en nuestra práctica que se pueden acercar a los sistemas alternativos y es en el caso en el que e inicio del proceso se ordena el archivo del asunto para aplicar los programas de menores. No obstante, tal práctica es considerada como complementaria.

C) Iniciativas ajenas a la Justicia

Las denominadas “iniciativas ajenas” se caracterizan por buscar la restauración emocional, por lo que su aplicación será indiferente al momento procesal en el que se apliquen tanto al proceso como a la ejecución, aunque como hicimos referencia en los sistemas complementarios en los que la aplicación de estos programas de JR pueden suponer un beneficio jurídico o penitenciario, cuanto antes se apliquen tales iniciativas mejores resultados a efectos reparatorios.

A modo de ejemplo, en las relaciones familiares las actividades de JR muchas veces buscan la reparación de la víctima sin concurrir en los tribunales ya que ello podría ser más perjudicial para las relaciones entre las partes. En esta línea los procedimientos de JR posteriores a la ejecución de sentencia que pueden no tener relevancia en la situación administrativa del encausado, con el único objetivo de reconciliación de las partes interesadas.

2.3. Procedimientos de justicia restaurativa

El concepto de justicia restaurativa, como se ha descrito anteriormente no es un concepto inmutable y bien definido, sino que destaca por su carácter flexible a cada caso particular. Por lo que no es posible tratar la JR como un único programa que puede llegar a ser aplicado en todos los casos, sino en línea a su fin último de solución de conflictos y búsqueda de la causa subyacente será aplicado de forma complementaria al sistema tradicional atendiendo a las circunstancias del delito, la etapa del proceso de justicia penal y especialmente a la víctima, ofensor y comunidad en la que se desarrolla el hecho delictivo³⁷.

Más allá del hecho de que se pueda encontrar una gran variedad de programas de justicia restaurativa, entendido por las distintas perspectivas al interpretar y resolver los

³⁷ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre programas de justicia restaurativa.

conflictos, los distintos procedimientos que desarrolla el Manual de Naciones Unidas poseen un definido carácter mediatorio, ya que a través de un agente ajeno al conflicto y una participación activa de las partes se produce una intervención complementaria dentro del proceso penal como medio para alcanzar fines como la reparación del daño, salvaguardar a la víctima secundaria y la vuelta a la confianza en el sistema en línea de los principios de reeducación y reinserción social.³⁸³⁹

Aunque no haya un método predefinido a la hora de aplicar los programas de JR, en parte debido a la variación que existe en las distintas modalidades (formalidad, la relación de la metodología de JR con el sistema penal, el enfoque de reparación del daño y rehabilitación del delincuente y la participación de abogados, comunidad y víctimas), la gran mayoría de los programas contienen unos atributos comunes. Para que se logre la reparación efectiva del daño deberán concurrir los atributos dispuestos. Además, tal y como se ha planteado a la hora de desarrollar el concepto de JR, y en línea con lo dispuesto en la tabla, es elemental la concurrencia de dos requisitos, la participación por parte de la víctima de forma absolutamente voluntaria y el reconocimiento por parte del ofensor del daño causado y su responsabilidad.

Los distintos procedimientos de JR dominantes en la práctica actual son los siguientes:

A) VOM: Mediación entre víctima y delincuente

Los programas *Victim-Offender Mediation* o también denominados programas víctima-delincuente son los de uso más generalizado en la UE como España y se caracterizan por participar ofensor, víctima y mediador donde la clave de este tipo de mediación es el diálogo que surge a partir del encuentro entre las partes, a diferencia de la mediación civil que gira en torno al acuerdo posterior del encuentro⁴⁰. El mediador o facilitador provendrá por norma general de instituciones gubernamentales y organizaciones sin ánimo de lucro. Normalmente, una vez satisfechos una serie de requerimientos como son la responsabilización del agresor, la participación voluntaria de las partes y la reconsideración de participación en el proceso, el mediador antes del primer acercamiento entre víctima y ofensor se reúne con cada uno de ellos para preparar la sesión posterior con el fin de proporcionar un mayor entendimiento como

³⁸ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: "La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional", en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1ª Edición. Aranzadi. Pág. 62

³⁹ PERULERO GARCÍA Diana 2012: "Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal" en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1ª Edición. Aranzadi. Pág.76.

⁴⁰ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: "La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional", en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1ª Edición. Aranzadi. Pág. 62 y 63.

instruido en la materia y así fomentar el buen desarrollo del programa de JR. Por ejemplo, sería descabellado pensar en sesiones de VOM en las cuales el agresor no asuma la responsabilidad de sus actos y la víctima se viese sometida de nuevo a una situación de desprotección y sufrimiento⁴¹.

Este tipo de programas de JR se emplean especialmente en delitos contra la propiedad o faltas, aunque son cada día más demandadas tales prácticas por las víctimas de otra clase de delitos más graves. Así, la práctica de estos métodos restaurativos viene acompañada de altos ratios de satisfacción tanto para víctima como agresor, a la vez de ofrecerse como alternativa a la pena privativa de libertad en aquellos delitos contra la propiedad⁴².

Respecto al momento de aplicación de estos programas en la práctica se lleva a cabo en cualquier momento procesal, antes de iniciarse el proceso o incluso post-sentencia. No obstante, si se realiza en la fase de enjuiciamiento, tal y como se expone posteriormente puede derivar tal procedimiento como recomendaciones de sentencia, que reciben tanto fiscales como jueces y pueden tener en consideración a la hora de desarrollar el proceso y hasta llegar ser incluido en las condiciones de orden de aprobación de sentencia o en la propia sentencia⁴³.

El VOM, como una de las primeras iniciativas de JR constituye una manifestación del proceso de empoderamiento de la víctima respecto al proceso de corte tradicional, en el que solo a través de la responsabilización del ofensor es posible lograr la reparación efectiva del daño.

B) Conferencias de grupos comunitarios y familiares

Los orígenes más remotos de este procedimiento de JR son de la tradición maorí. Esta tradición fue plasmada en la legislación nacional de Nueva Zelanda en 1989 como forma de combatir la delincuencia juvenil, con el único fin de lograr el bienestar social. El uso de Conferencias de grupo familiar en muchas ocasiones conlleva la sustitución del Tribunal de Menores, es decir un acto sin relevancia procesal. Así mismo pueden ser utilizados como preparación antes de vistas con el juez siempre que sean de un ámbito no penal o en aquellos delitos menos graves. Normalmente son dirigidos por la policía y se pueden llevar a cabo tanto en centros de protección de menores o policiales como colegios⁴⁴.

⁴¹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa* página 17 y ss.

⁴² SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: "La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional", en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi.

⁴³ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa* página 17 y ss.

⁴⁴ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: "La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional", en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi. Pág. 62 y 63.

Las Conferencias de grupo familiar responden a un programa de JR en el que se invita a participar ya no sólo a ofensor y víctima, así como personas del ámbito escolar, familiar. En cada Conferencia de grupos comunitarios participará un mediador o facilitador, ya que va más allá que el VOM al ser un encuentro entre más agentes de la sociedad en el que se van a plantear las consecuencias del hecho delictivo en la víctima y en la sociedad, y así exponer una reparación que alivie el mal causado. Así mismo, al involucrar a la comunidad, se puede acordar una supervisión más restrictiva y/o custodia de que el agresor cumple con el acuerdo de reparación que se lleva a cabo a través de las Conferencias de grupo Familiar⁴⁵.

Entre los objetivos de las conferencias se incluyen “*dar a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en responder al delito, aumentando la conciencia del infractor del impacto de su conducta y darle una oportunidad de tomar responsabilidad por ello, comprometiendo el sistema de apoyo a infractores para hacer enmiendas y formar su conducta en el futuro y permitir al infractor y la víctima conectarse con el apoyo clave de la comunidad*”⁴⁶

Actualmente estas prácticas de JR se aplican como metodología de desvío del proceso en justicia de menores, extendido especialmente en Norte América, Sur de Australia, Sudáfrica y Europa.

C) Círculos sentenciadores

Las sentencias en círculo se asemejan mucho al programa descrito en el anterior punto, con la principal diferencia de que en estos procedimientos existe una participación activa del Juez competente. Entre las competencias del órgano jurisdiccional en el proceso de círculo sentenciador SOLETO MUÑOZ HELENA destaca *el reenvío, la monetarización de los casos y el cumplimiento de las reglas*⁴⁷[4]. Normalmente, estos procedimientos están pensados para el ofensor que se declara responsable de los hechos de los que se le imputan ya que facilitará el proceso en el que participa la comunidad.

Lo característico de estos programas de JR es que todos y cada uno de los participantes en el mismo se sientan en círculo, desde el oficial de policía hasta los familiares de víctima y ofensor, consiguiéndose de este modo una involucración real de los participantes que buscan que a través del consenso se llegue a una resolución completa del conflicto a partir de una restauración del daño causado. Será el Juez el que tendrá encomendado trasladar en la sentencia los resultados obtenidos a través del consenso

⁴⁵ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa* página 20 y ss.

⁴⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, Virgina. *JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL* LEX NOVA, NUMERO 23/2008. Pág..10

⁴⁷ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: “La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional”, en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi. Pág. 64.

Los círculos sentenciadores son la clara expresión de justicia participativa, ya que a partir del consenso satisface las necesidades de los participantes, al promover una resolución del conflicto con enfoque social de la comunidad que no busca dar un castigo al ofensor sino indagar en las causas del conflicto⁴⁸.

Tiene su origen en las comunidades aborígenes de Canadá, pero actualmente se ha extendido por Estados Unidos con mayor presencia en los casos de menores.

D) Paneles Restaurativos

Los Paneles Restaurativos se presentan como otra modalidad de programas de JR con quizás un menor componente restaurativo que los otros descritos anteriormente ya que aunque participen los ciudadanos la participación de ofensor y víctima es más restringida y se basa en la reparación que el sistema judicial no aporta simplemente con el proceso.

Estos programas funcionan de manera similar a los paneles para la libertad condicional, cuando el ofensor asume su responsabilidad el Juez le ofrece participar en un panel restaurativo y en caso que su respuesta sea afirmativa, el Juez se reunirá con la víctima y se discutirá sobre la reparación que no siempre es pecuniaria, puede ir acompañada de actos que demuestren la voluntad de restituir el daño causado como son petición de perdón a través de cartas dirigidas a la víctima o por trabajos en beneficio de la comunidad⁴⁹

E) Mediación comunitaria

La Mediación comunitaria se presenta como un método alternativo de resolución de conflictos de JR que ofrece la resolución de controversias a través de un facilitador ya sea en centros comunitarios y escuelas.

Estos procedimientos serán ajenos a los tribunales, aunque pueden ser derivados de un reenvío.

2.4. Aplicación de programas de jr en las diversas fases del proceso penal

Es importante distinguir el momento procesal en el que se llevan a cabo los Programas de JR, ya que obedecerá a su función de complementar al sistema de justicia penal vigente y tendrá unas consecuencias jurídicas y/o penitenciarias para el investigado o encausado.

⁴⁸ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa* página 22y ss.

⁴⁹ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: "La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional", en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi. Pág. 64

Como se ha comentado anteriormente, la legislación española pese a que la Recomendación Núm. R (99) y la Directiva Marco entre otras instan la adopción por parte de los Estados Miembros de la legislación y reglamentación pertinente para facilitar la aplicación de los distintos programas de JR, no existe actualmente a nivel estatal una legislación sobre la materia. Esto unido con que algunas CCAA haciendo uso de su competencia autonómica en materia de Justicia, se ha producido el hecho de que algunas comunidades han profundizado legislativamente en estos programas, como es el caso de Cataluña en los procesos de menores. Como consecuencia existe en el proceso penal español actual una alta heterogeneidad a la hora de organizar, establecer y protocolizar tales métodos⁵⁰.

El procedimiento de reparación del daño causado, al no tener una base legal que dé unas garantías mínimas a los participantes ante los distintos riesgos y eventualidades, se regirá en cada fase del procedimiento penal por *Los principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*⁵¹. Las Garantías procesales fundamentales recogidas en los *Principios Básicos* son las siguientes:

- *Derecho a la total información* de las partes que participen en un programa de JR de sus derechos, la naturaleza del procedimiento y los efectos de las decisiones que se puede llegar.
- *Derecho de consulta a un representante legal*, en relación con el proceso de JR y cuando sea preciso el uso de intérpretes y/o traductores. Así mismo, en los casos de menores se permite la recepción de ayuda de un padre o tutor.
- *Derecho a no participar*, los programas de JR se asientan sobre la base de la voluntariedad, no se puede obligar ni a la víctima ni al ofensor su colaboración, siempre será necesario el consentimiento de las partes.

Adicionalmente los *Principios Básicos* hacen referencia a una serie de garantías a trasladar a la legislación y a la política de los Estados Miembros como son: *Confidencialidad del procedimiento*, todo aquello que se trate en un procedimiento restaurativo y que no sea realizado en público será secreto a menos que las partes lo acuerden o lo prevea una ley a nivel nacional; *La participación no es evidencia de culpa*, en el caso de que se lleve a cabo un procedimiento de JR antes de haber dictado sentencia no significa una asunción de culpa por parte del investigado para procedimientos ulteriores; *Los acuerdos deben de ser voluntarios y razonables* a la vez que proporcionales y serán sometidos a *supervisión judicial* es decir que en posteriores procedimientos legales pue-

⁵⁰ Guía para la práctica de Mediación Intrajudicial de 2010 del Consejo General del Poder Judicial. Pág.91

⁵¹ Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal.

den llegar a ser apelados; *La falta de acuerdo no supondrá para el ofensor un incremento de la pena*, ni podrá ser recurrido en contra del ofensor más tarde en otros procesos⁵².

Fase de instrucción

Como es sabido, en esta fase rige el principio acusatorio y en ella “*se determina hasta qué punto la notitia criminis puede dar lugar a juicio*”⁵³. Tanto si el proceso se instruye a partir de Diligencias Previas como Juicio de Faltas, el plazo para la realización de programas restaurativos será de un mes desde la firma de las partes dando el consentimiento a someterse a tales prácticas una vez hayan sido debidamente informados. Posibilidad de ampliación del plazo si es justificado debidamente (posibilidad de llegar a un acuerdo).

Diligencias previas

Una vez que el Juzgado instrucción inicia el procedimiento de Diligencias previas previsto en los arts. 774 y ss de la LECr , apoyado por el Ministerio Fiscal, se puede convenir el uso de métodos de JR. Si es así, el Secretario Judicial informará a los interesados en la primera declaración como persona investigada.

Si fruto del programa de JR llevado a cabo se finaliza el procedimiento con Acuerdo, en virtud del artículo 780 de la LECr el Juez adoptará el Auto de Procedimiento Abreviado, siempre y cuando el Juzgado haya recibido correctamente el Acta de acuerdo y se hayan llevado a cabo las actas de diligencias informativas pertinentes⁵⁴.

Juicio de faltas

Al igual que sucede en las Diligencias Previas, le compete al Juez de acuerdo con el Ministerio Público la proposición de métodos de JR, sin mermar el derecho legítimo de ofensor y víctima (ya sea por sí mismos o mediante Letrado) a instar que la cuestión sea sometida a tales procedimientos.

Una vez llevadas las prácticas necesarias y finalizado el procedimiento de JR, será fijada la fecha del acto de juicio por parte del Juzgado de Instrucción. El acta de Acuerdo podrá ser utilizada como prueba documental y podrá producir efectos a la hora de imponer la pena y juzgar los hechos (art. 638 CP)⁵⁵.

⁵² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre programas de justicia restaurativa. Pág. a 33 y ss

⁵³ MORENO CATENA, Victor. 2012: Manual de Derecho procesal penal. 6ª Edición. Madrid: Tirant lo Blanch. Pág. 191

⁵⁴ Guía para la práctica de Mediación Intrajudicial de 2010 del Consejo General del Poder Judicial. Pág. 95 y ss

⁵⁵ Íbidem

Fase de enjuiciamiento

La aplicación de programas de JR en la fase intermedia o de enjuiciamiento se caracterizará por llevarse a cabo una vez se hayan realizado las diligencias de investigación necesarias, cuando el Juez de Instrucción como órgano competente determinará si la acusación está fundamentada como para dictar auto de apertura de juicio oral o si bien refuta la acusación dictando un auto de sobreseimiento provisional o libre. En esta fase tendrán vigencia los principios de contradicción como manifestación de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) y de igualdad entre las partes (art. 24.2 de la CE), junto con los DDFF de “(...) *un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*” recogidos en el art. 24.2 de la CE⁵⁶

La adopción de estos procedimientos será dispuesto por el Juez de Instrucción, previo acuerdo del MF ya que en caso de acuerdo y efectiva reparación del daño podrá tenerse en cuenta a la hora de aplicar atenuantes al ofensor en la designación de la pena. Así mismo, las partes como el Ministerio Público podrán informar al Tribunal o Juez la pretensión de someterse a procedimiento de JR.

En el caso de que haya aprobación por parte del Letrado comenzará el proceso de JR con una providencia de derivación de la causa decretada por el Tribunal o Juzgado competente, a solicitud de víctima o investigado. El siguiente paso será el contacto vía telefónica de cada una de las partes con los especialistas encargados de llevar el procedimiento de JR, y tal y como se expuso anteriormente se iniciará el diálogo preparando de este modo el encuentro posterior entre las partes, en el caso del investigado se comprobará que existe una responsabilización real y una búsqueda de resultados restaurativos. Así mismo, se les informará mediante carta generalmente, sus derechos y consecuencias del procedimiento en proceso penal abierto como es la restauración del mal causado y la aceptación de responsabilidad por los hechos, lo que puede finalmente concurrir una apreciación de atenuante a la hora de calificar los hechos penológicamente.

El plazo para la práctica de métodos basados en JR coincide con el de la fase de instrucción, un mes desde la firma de las partes dando el consentimiento a participar que a su vez tiene un plazo aproximado de 15 días desde la comunicación de la providencia judicial. Tal consentimiento se llevará a cabo en la primera sesión privada de cada una de las partes con el equipo encargado del procedimiento restaurativo. Haciendo uso del principio de flexibilidad el Juez podrá ampliar el plazo si se justifica que realmente las intervenciones realizadas pueden culminar en acuerdo.

Se podrá resolver en cualquier momento la adopción de programas restaurativos, ya sea a solicitud del Juez de oficio o a instancia del Ministerio Público, del investi-

⁵⁶ MORENO CATENA, Victor. 2012: Manual de Derecho procesal penal. 6ª Edición. Madrid: Tirant lo Blanch. Pág. 337 y ss

gado, de la víctima o sus representantes. En tal caso, se registrará la negación a que se continúe el procedimiento y el Tribunal o Juzgado procederá a la preparación del juicio oral, dictando providencia que recoja el seguimiento de la causa, con su preceptiva notificación al MF, partes en el proceso y el equipo al que se le había confiado llevar a cabo el procedimiento de JR. En el caso concreto en el que haya sido la víctima la que ha paralizado el procedimiento de JR, se podrá tener en cuenta la voluntariedad del investigado a la hora de calificar la pena aplicable y para ello se recogerá por escrito aquellas actuaciones de las que se desprenda una voluntad real de restauración del daño y reparación a la víctima.⁵⁷

Finalizada la práctica de JR acordada, si ha resultado a partir de tales acercamientos un acuerdo común, generalmente llamado Acuerdo de reparación, en el que no solo deben quedar plasmados los intereses y criterios de las partes, sino que debe convenirse un “Plan de reparación”. Habitualmente el Acuerdo de reparación es firmado por los abogados de las partes como forma de afirmar el derecho a la defensa. Así, tras la transmisión del Acuerdo al Juzgado competente, dicho órgano dictará el Auto de admisión de pruebas y acordará la apertura del juicio oral.

En el caso de que finalmente se llegue a un acuerdo después de las distintas sesiones que se componga el procedimiento de JR, el Ministerio Público y el Letrado, tanto de la acusación como de la defensa, en virtud del art. 784.3 de la LECr podrán “(...) manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1.”.

Conformidad como mecanismo procesal tras el uso de programas de JR

PERULERO GARCÍA señala que es a partir del instituto de la conformidad cómo se incorpora el acuerdo que es llevado a cabo entre las partes en el procedimiento penal, produciendo una serie de efectos en la sentencia condenatoria y a la hora de calificar el hecho delictivo⁵⁸.

La conformidad⁵⁹ es el acto de disposición al que se recurre en la práctica tras un proceso de JR realizado antes de dictar sentencia. La conformidad se funda en que el ofensor de forma voluntaria reconoce el daño derivado de su actuación sobre una víc-

⁵⁷ Guía para la práctica de Mediación Intrajudicial de 2010 del Consejo General del Poder Judicial. Pág. 102 y ss

⁵⁸ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1.ª Edición. Aranzadi.

⁵⁹ Artículos 784.3, 787 y 801, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

tima y de tal forma asume el injusto y la infracción del sistema jurídico. Tal comportamiento el Código Penal de 1995 la prevé en su art. 21.5 como un atenuante de la pena⁶⁰.

Generalmente en procesos de esta índole se recurre al instituto de la conformidad ya que si el investigado asume los hechos y la pena asociada a la violación de la norma puede suponer una reducción de un tercio de la condena a aquellas penas que no superen los tres años de privación de libertad, por lo que si el investigado cumple con una serie de condiciones legales que se explican en el siguiente apartado, puede permitir la sustitución o suspensión de la pena. No obstante, la conformidad supone una renuncia al derecho a la presunción de inocencia, el investigado al asumir los hechos del ilícito la acusación queda exonerada de la carga de la prueba. Por lo que será condición necesaria que la conformidad sea expresada de forma voluntaria, conociendo las consecuencias y que la pena privativa de libertad sea inferior a seis años⁶¹.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que el MF y el Letrado expongan ante el Tribunal las consecuencias jurídicas del Acuerdo, siendo posible una variación de la calificación realizada en el escrito de acusación dentro de la legalidad, atendiendo a la apreciación que haga el Tribunal sobre el documento que recoge el acuerdo de reparación. Sin embargo, se debe proceder a la celebración del juicio si alguna de las partes se opone a las declaraciones recogidas en el acuerdo y se llevaría a cabo la práctica de la prueba.

Fase de ejecución

La fase de ejecución comienza a partir que cobre firmeza la sentencia como acto jurisdiccional que resuelve la cuestión criminal y permite el inicio del procedimiento de ejecución⁶². La posibilidad de llevar a cabo programas de JR será convenido por el Juez de la Ejecutoria, con previo acuerdo del MF.

En el caso de que las partes quieran someterse voluntariamente al procedimiento de JR una vez se haya puesto contacto el Secretario Judicial a instancia del Juez de la ejecución con el letrado defensor, se iniciará el proceso restaurativo. Si concluye en acuerdo, será registrado documentalmente por escrito como se ha descrito en las anteriores fases y se dará conocimiento de ello al órgano de la ejecutoria. El Acuerdo resultante de tales encuentros podrá ser apreciado por el Juez y el MF para concluir si concurren elementos para proceder a una circunstancia modificativa de la ejecución de la pena como puede ser suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad entre otras.

⁶⁰ Cuadernos Penales de Jose María Lidón. 2013: Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potenciales y retos. Pág.52

⁶¹ MORENO CATENA, Victor. 2012: Manual de Derecho procesal penal. 6ª Edición. Madrid: Tirant lo Blanch.

⁶² Vid. arts. 141.6, 143 LECrim y 245.4 LOPJ

En el otro caso, de que el programa de JR no concluya con Acuerdo, la sola voluntad del encausado de reparar el daño causado podrá ser recogido y comunicado al órgano competente de la ejecución de la pena para que pueda ser apreciado circunstancias sustantivas para proceder a la sustitución, suspensión o informe de indulto⁶³.

2.5. Consecuencias jurídicas de aplicación de programas de JR

Las consecuencias jurídicas a las que se puede llegar a través del uso de programas de JR previstas legalmente en nuestro ordenamiento, se resumen en las siguientes:

La pena atenuada

Al no haber legislación específica que regule las situaciones modificativas de la responsabilidad, se atenderá a lo dispuesto en el Código Penal. Así se recogen eximentes de la responsabilidad, tanto las contempladas en el art. 20 del CP como las incompletas del art. 21.1º y atenuantes genéricos en los artículos 21 y 23 del CP y otros atenuantes específicos de cada tipo que varía según la calificación penal de los hechos.

Señalar la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del CP junto con el art. 66 CP: "*La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*" Es posible su apreciación como cualificada o simple dependiendo de la forma en que el investigado ha procedido a restituir y reparar el mal causado a la víctima⁶⁴ Por lo tanto a la hora de evaluar la reparación, la magistrada RUIZ SIERRA JOANA precisa que no es necesario que tal reparación sea económica, sino que de acuerdo con el fin resocializador en el que se inspira nuestro sistema penal, la reparación busque reducir el daño producido a la víctima y así volver al escenario anterior a la comisión del acto delictivo. Así mismo, por analogía del art. 21.7 del CP que la reparación se produzca antes de la apertura y celebración del juicio oral⁶⁵.

La pena reparadora

Aplicar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad estipulada en el art. 49 del CP dependiendo del tipo penal al que concurra la calificación del hecho delictivo,

⁶³ Guía para la práctica de Mediación Intrajudicial de 2010 del Consejo General del Poder Judicial.

⁶⁴ PERULERO GARCÍA Diana 2012: "Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal" en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi.

⁶⁵ http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10614-victima-y-mediacionpenal/#_Toc433789109

la sanción será sustitutiva⁶⁶, subsidiaria⁶⁷ o principal como única pena prevista para el tipo penal descrito⁶⁸.

La pena suspendida

Esta posibilidad sustantiva podrá ser determinada cuando se haya celebrado juicio oral y se haya emitido sentencia poniendo fin al proceso que resuelva la cuestión criminal imponiendo una pena privativa de libertad. Es decir, se producirá cuando el programa de JR se haya aplicado en la fase de ejecución de la pena⁶⁹.

La suspensión de la pena está prevista de forma ordinaria⁷⁰ para aquellas penas que no superen los dos años de privación de libertad y una variedad especial prevista en los arts 83 y 87 del CP para aquellas penas no mayores de cinco años. Para que se estudie la aplicación de suspensión en la ejecución de la pena de forma ordinaria el encausado debe ser la primera vez que haya delinquido, y no solo debe haberse llevado a cabo la reparación que exige la Ley sino que debe concurrir una voluntad real de resocialización del encausado, rehabilitado tras el proceso restaurativo⁷¹.

Así mismo, se deberá atender a la víctima previa audiencia de las partes. De acuerdo con el Estatuto de la víctima⁷² la víctima podrá impugnar tal medida que supone la sustitución de la pena si ofrece información relevante que pueda influir en la ejecución de la condena, responsabilidad civil o comiso establecidos. Así mismo tendrá la posibilidad de requerir y solicitar medidas de control sobre el ofensor que garanticen su seguridad⁷³.

La pena sustituida

La pena privativa de libertad podrá ser sustituida por los supuestos recogidos en el art. 88 del CP por trabajos en beneficio de la comunidad o multa. Los supuestos legales que deben concurrir para poder sustituir la pena son la naturaleza particular del encausado, las circunstancias del hecho delictivo, que la pena no supere el año de privación de libertad y que la conducta del encausado se dirija a la restitución del daño.

⁶⁶ Vid. Art. 88 del CP

⁶⁷ Vid. Art. 53 del CP

⁶⁸ Diana perulero

⁶⁹ <http://www.icahuelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf>

⁷⁰ Vid. Arts. 80-86 CP

⁷¹ PERULERO GARCÍA Diana 2012: "Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal" en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1.ª Edición. Aranzadi.

⁷² Art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito.

⁷³ http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10614-victima-y-mediacionpenal/#_Toc433789109

Señalar como excepción, para la sustitución de la pena superior a un año tal y como recoge el precepto legal cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad vaya a ser dañino para el encausado a la hora de lograr unos de los fines últimos de la política criminal y el ordenamiento, la reinserción social y la prevención especial. Sin embargo, la pena privativa de libertad en este caso excepcional no podrá exceder los dos años.

Posibilidad de una vez acordada la sustitución de la pena, está dependa de un cumplimiento de un plan de reglas de conducta para verificar que la responsabilización y restitución del daño causado es efectivo. Así se puede apreciar en el art. 83.1 del CP un repertorio de deberes y obligaciones para el ofensor⁷⁴.

La pena ejecutada

El CP prevé que si el reo tiene una buena conducta y tiene un pronóstico de rehabilitación y reinserción social mientras se ejecuta la pena privativa de libertad, podrá acceder el encausado a permisos de salida⁷⁵, progresión en grado⁷⁶ y en última instancia libertad condicional. Será preceptivo que haya cumplido la reparación pecuniaria derivada del delito y que haya permanecido en prisión un plazo determinado. Así mismo, podrá condicionarse tales medidas al cumplimiento de las reglas de conductas previstas en el art. 90.2 del CP.

La pena extinguida

La ley prevé la extinción de la responsabilidad de la pena aunque concurren dolo y culpa en un *acto típico, antijurídico y punible*. Es el supuesto recogido en el art. 130.5 del CP, en el que se contempla que en casos concretos el perdón del ofendido puede llegar a extinguir la responsabilidad penal “(...) *cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea*”.

Para que se proceda a la extinción de la pena, el perdón ha de ser expreso, debe producirse ante los Tribunales y antes que concluya el juicio oral con la emisión de sentencia. En tal caso, el perdón por parte del investigado concluye el procedimiento penal y en el caso de que no se haya abierto procedimiento civil para la reparación del daño se extinguen las acciones civiles derivada del ilícito penal⁷⁷.

⁷⁴ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi.

⁷⁵ Art. 47.2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

⁷⁶ Art. 65.2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

⁷⁷ http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10614-victima-y-mediacionpenal/#_Toc433789109

La pena indultada

El indulto es un “*acto de gracia a los condenados por una sentencia penal firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, pero no sus efectos*”.⁷⁸ En el caso de que exista indulto y sea solicitado, el órgano competente una vez oída a la víctima y constatado que no afecta a un derecho de tercero procederá a dictar un informe por el cual el indulto exime la responsabilidad criminal en virtud del art. 130.4º del CP.⁷⁹

La pena cancelada

Será condición necesaria que se haya satisfecho la obligación civil derivada del proceso penal, o al menos que el encausado no tenga pendientes de pago cuota ya devenidas si se ha estipulado que el pago sea fraccionado. Si se cumplen todas las premisas recogidas en el art. 136 del CP se declarará la cancelación de antecedentes delictivos⁸⁰.

CONCLUSIONES

- I. Las víctimas en el modelo de Justicia español han tenido la posibilidad de participar activamente en el proceso a través de la reparación civil del daño. El actual Estatuto de la Víctima resulta un gran avance desde el punto de vista legislativo, ya que posiciona a la víctima como elemento necesario, dotándole así de un cierto protagonismo que en el procedimiento penal no se le da. No obstante, será necesario un desarrollo posterior que regule en profundidad el procedimiento, la estructura y unos mínimos de actuación que operen con el principio de oportunidad, para que los programas de JR se sigan caracterizando por su flexibilidad a cada caso concreto que es único.
- II. En España, sólo se adecua a los estándares dictados a nivel supranacional en materia de derechos y garantías de las víctimas, el sistema penal de menores. Esto se debe tanto a su rápida transposición al ordenamiento a través de la LORPM, como principalmente el apoyo y práctica de programas basados en justicia restaurativa juvenil por parte de las distintas Comunidades Autónomas. Son muchos los beneficios que se obtienen a través de la aplicación

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español. 1º Edición. Aranzadi.

⁸⁰ Ibidem.

- de modelos de JR, por lo que se espera que en los próximos años se produzca una implantación completa en el sistema penal de adultos
- III. La JR se presenta como un complemento al sistema de justicia que opera en cada ordenamiento, más que una alternativa al mismo. La reparación entendida como indemnización y el *ius puniendi* del Estado no son suficientes para producir la restitución efectiva del daño causado a la víctima, por lo que es necesario la aplicación de otros procedimientos alternativos que hagan frente a esta situación.
 - IV. La aplicación de procedimientos basados en prácticas de JR se traduce en una reparación más eficiente a la víctima y una reeducación del ofensor, alcanzándose uno de los fines últimos de la Justicia penal española, la reinserción social del delincuente.
 - V. Del estudio del momento procesal en el que se administran las distintas prácticas restaurativas se extrae que cuanto antes se dé su aplicación mayores beneficios va a producir a la víctima y al ofensor. A la víctima, al restaurar el daño lo antes posible y al ofensor al producir una serie de beneficios tanto procesales como penitenciarios.
 - VI. En el caso de que sean aplicados los modelos de JR en la fase de enjuiciamiento, será a través de la institución de la conformidad. Conformidad como forma de obtención de una solución del conflicto con la reparación que puede llegar incluso a que tras las fases de negociación y consenso se finalice el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*: Libro V, Capítulo III

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal). 11ª sesión celebrada en Viena los días 16 a 25 de abril de 2002.

CORTINA ORTS, Adela. 2008: *Estudio Preliminar en Metafísica de las Costumbres*, Kant I., Madrid: Tecnos.

Cuadernos Penales de Jose María Lidón. 2013: *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potenciales y retos*.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M, 2012: "Fines de la pena y Justicia Reparadora" en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. 2008: *Justicia Restaurativa y Mediación penal*. LEX NOVA, NUMERO 23/2008.

Guía para la práctica de Mediación Intrajudicial de 2010 del Consejo General del Poder Judicial.

- KELSEN, Hans. 1982: *Ensayo ¿Qué es la justicia?*, Barcelona: Ariel.
- MORENO CATENA, Victor. 2012: *Manual de Derecho procesal penal*. 6ª Edición. Madrid: Tirant lo Blanch.
- NEWBOLD, Paul. 2008: Capítulo 9 en *Estadística para administración y economía*, Prentice Hall.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*.
- PERULERO GARCÍA Diana 2012: “Hacia un Modelo de Justicia restaurativa: La mediación penal” en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi.
- Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal de 2002.
- SOLETO MUÑOZ, Helena. 2012: “La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional”, en *Sobre la mediación penal, Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*. 1º Edición. Aranzadi.
- VALL RIUS, Anna. 2006: *El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española*.

Webgrafía

- http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FI-CHERO/PONE NCIA%20JULIAN%20RIOS_1.0.0.pdf
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJMadrid/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-Madrid/Audiencia-Provincial/AudienciaProvincial>
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJMadrid/En-Portada/El-presidente-del-TSJ-de-Madrid-presenta-la-Memoria-Anual-2012-a-losmedios-de-comunicacion>
- http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10614-victima-y-mediacionpenal/#_Toc433789109
- <http://www.icahuelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf>

Capítulo XVIII

ELEMENTOS BÁSICOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Mireia Galindo Perpián

1. INTRODUCCIÓN

La ciudadanía se encuentra insatisfecha con el sistema de justicia en nuestro país. Son constantes los reclamos de penas más largas, más duras, cumplimientos íntegros y, en general, los ciudadanos perciben que existe impunidad ante el quebrantamiento de la ley. Todo ello se encuentra alentado por los medios de comunicación a través de casos mediáticos transmitidos desde una perspectiva “no jurídica” y con importantes lagunas legales.

Según datos recogidos en un informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) sobre una encuesta realizada por el CIS a ciudadanos que habían tenido contacto con la Administración de Justicia¹, a la pregunta “¿Cómo cree usted que funcionó la Administración de justicia?” el 14,1% respondieron “regular”, el 24,5% “mal” y el 18,9% “muy mal” y a la pregunta “Esa última o única experiencia, ¿mejoró o empeoró la opinión que tenía anteriormente sobre el funcionamiento de la justicia?” el 39,5% declaró que su percepción “empeoró” frente al 15,4% que afirmaba que “mejoró”. Por último, respecto al grado de satisfacción con el funcionamiento de la Administración de Justicia un 40% respondía que “poco” y un 38,4% que “nada”². Estos datos son esclarecedores, y reflejan cómo el sistema de justicia actual tiene importantes deficiencias que es necesario solventar.

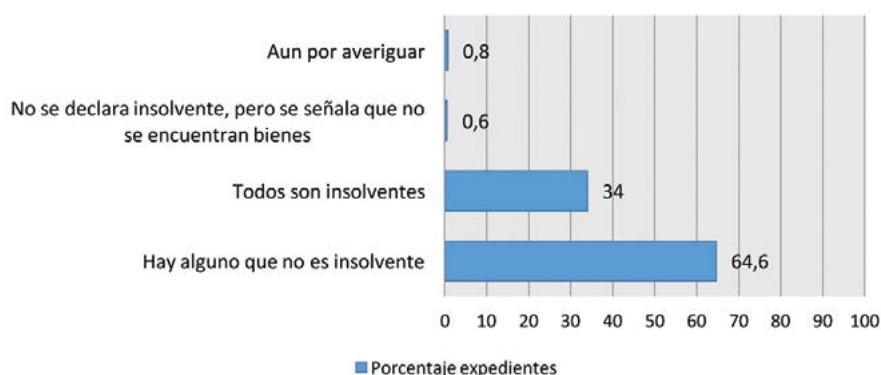
Además, tras el estudio de las ejecutorias correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 en diferentes partidos judiciales de la Comunidad de Madrid se ha podido comprobar como en la mayoría de los casos las víctimas no reciben reparación económica. Concretamente, en una muestra de 1.308 expedientes, el 34% de los victimarios fueron declarados insolventes, como se puede observar en el gráfico proporcionado³:

¹ Boletín informativo Estadística nº38-diciembre de 2014, Consejo General del Poder Judicial.

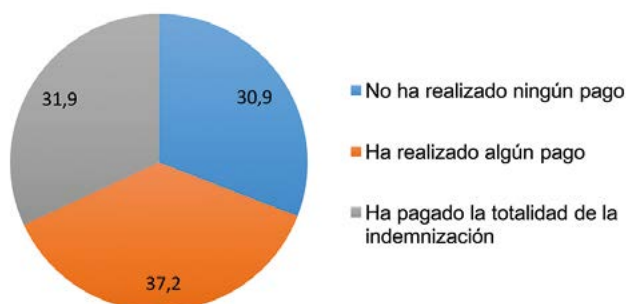
² *Ibidem*.

³ Gráfico de elaboración propia basado en los datos del estudio “proyecto víctima”

Declaración de insolvencia



Porcentaje de pago de la indemnización



Y de los 989 expedientes recogidos en los que se había impuesto indemnización únicamente en el 31,9% se había satisfecho la totalidad de la misma⁴.

A todo ello se añade la casi inexistente reparación moral y la victimización secundaria que se origina durante el proceso, definida en palabras de SÁEZ VALCÁRCEL como *“un nuevo desprecio a su dignidad que ésta vez le devuelve el sistema penal mediante incompreensión, molestias, falta de información, pérdida de tiempo y descortesía”*⁵ durante el juicio.

En definitiva, queda clara la necesidad de un cambio en el sistema, que aborde los problemas que adolecen el proceso y evolucione con las necesidades actuales de la sociedad. En palabras de SOLETO MUÑOZ *“El siglo XXI está suponiendo en el ámbito de la justicia penal, un intento de enfocar la forma de administrar justicia con una nueva lente, la de la víctima”*⁶.

⁴ Estudio estadístico llevado a cabo por alumnos de la Uc3m en colaboración con el CGPJ.

⁵ SÁEZ VALCÁRCEL, J.R., “La Mediación Reparadora en el Proceso Penal. Reflexión a partir de una experiencia”, en *Revista Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007.

⁶ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, en GARCÍANDÍA GÓZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 47.

2. COLISIÓN ENTRE JUSTICIA RESTAURATIVA Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL

A diferencia de lo que sucede en otras ramas del derecho, donde rige el principio dispositivo, el derecho penal se aplica e interpreta únicamente por los tribunales debido a su naturaleza conflictiva⁷. Es el Estado quién asume el *Ius Puniendi* evitando la autotutela que, dada la gravedad de los bienes jurídicos protegidos, podría “*terminar originando una espiral de violencia que pondría en peligro la convivencia social*”⁸.

En virtud de lo anterior, no existe un “derecho penal privado”, sustentándose nuestro sistema en dos pilares fundamentales: por un lado el principio de necesidad, en virtud del cual “*los hechos delictivos se persiguen siempre que se tenga conocimiento de su existencia, y originan la pena que esté legalmente prevista, conforme a la calificación que resulte adecuada*”⁹. Por otro lado, el principio de legalidad, según el cual “*la actividad punitiva debe tener apoyo pleno, claro y completo en la ley, en todas las dimensiones de su actividad*”¹⁰. Con este último, “*se pretende hacer primar la seguridad colectiva frente a los derechos individuales, al contrario de lo que el principio de oportunidad propugna*”¹¹.

Sin embargo, como se ha venido adelantando, el sistema se encuentra cuestionado por parte de la doctrina y desde algunas instituciones se fomenta la inclusión de métodos complementarios, como la justicia restaurativa. Estas vertientes entienden que “*la lentitud y la ineficacia en el proceso, la represión y la sanción frente a la prevención y la reparación, el ánimo vindicativo y la doble victimización aparecen como puntos derivados del sistema penal actual*”¹². Añaden que, a pesar de los principios de subsidiariedad e intervención mínima, cada vez son más los comportamientos regulados por el Derecho penal, y que a pesar de ello los índices de criminalidad no descienden y la ciudadanía no se siente más segura. Este uso excesivo del derecho penal tampoco trae consigo una satisfacción completa de las necesidades de la víctima ni aumenta la reinserción de los victimarios¹³.

En palabras de PERULERO GARCÍA “*la Justicia restaurativa y la mediación, como forma de practicarla, se erigen como importantes herramientas para gestionar y, en su caso, dar solución efectiva a determinados asuntos que, con los instrumentos clásicos, se ven perpe-*

⁷ BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos Fundamentales...* cit., p.1.

⁸ *Ibidem*, p.27.

⁹ *Ibidem*, p.30.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*. (5ª Ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp.1-66.

¹¹ MARTÍNEZ SOTO, T., “La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal”, en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 360-384.

¹² *Ibidem*.

¹³ PERULERO GARCÍA, D., “Hacia un Modelo de Justicia Restaurativa: La Mediación Penal”, en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 69-89.

tuados y agravados con su exclusiva judicialización”¹⁴. El principio de oportunidad y una “flexibilización” del proceso son elementos clave para llevar a cabo este tipo programas de justicia restaurativa que ya se están poniendo en práctica como experiencias piloto en numerosos tribunales en España¹⁵.

Existe, por el contrario, otra vertiente que se encuentra reticente a la entrada del principio de oportunidad en el sistema penal apelando que a través del mismo “*se aporta seguridad jurídica, la garantía de que se respeten los derechos del imputado, velar por la persecución de los delitos y la seguridad colectiva y el respeto al modelo de justicia retributiva*”¹⁶. Para éstos, el Estado es titular del *Ius Puniendi* porque “*debe garantizar la seguridad, y la actitud de la víctima no es una cuestión trascendente, habiendo el Estado que castigar siempre que se cometa un delito*”¹⁷. Desde esta perspectiva, la entrada de modelos alternativos y más flexibles es bastante complicada. En este sentido se pronuncia RIOS MARTÍN, puntualizando que la introducción de la mediación no implica una privatización del derecho penal por dos razones: en primer lugar porque es el Estado quién establece las bases y estipula el marco de aplicación de la mediación; en segundo lugar porque se debe encargar de evitar los abusos asegurando que se respetan las garantías procesales¹⁸. También lo hace BARONA VILAR según la cual la mediación penal “*no es una alternativa al proceso ni pretende serlo, no es excluyente, sino que debe ser un elemento más del sistema procesal penal, un perfecto complemento integrador de intereses individuales con interés público*”¹⁹.

Pero, ¿es posible la coexistencia de ambos principios? En la jurisdicción de menores ya se introdujeron el principio de oportunidad y la mediación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores²⁰. Recientemente, en el campo de la justicia de adultos, se ha introducido la justicia restaurativa mediante la LEVD y en fase de ejecución mediante la modificación de la LECrim en su artículo 84.1.1º. Además, se ha introducido en principio de oportunidad del Ministerio Fiscal en los delitos leves a través de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal.

Por otro lado existen mecanismos como la conformidad que “*se dibuja como vía posible para la entrada de método autocompositivos [...] Así, se presenta como un medio que*

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Referente a los proyectos de mediación, en la página del Consejo General del Poder Judicial se pueden ver los tribunales españoles en los que se están llevando a cabo. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Servicios-de-mediacion/>

¹⁶ MARTÍNEZ SOTO, T., “La mediación penal y la reforma...cit.”, p. 360-384.

¹⁷ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como...cit.”, pp. 41-67.

¹⁸ RIOS MARTÍN, J., *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-penal/>, consultado el 1 de octubre de 2016.

¹⁹ BARONA VILAR, S., “Mediación Penal: Un instrumento para la tutela penal”, en *Revista del poder Judicial*, núm.94, 2012.

²⁰ Concretamente, se regula la mediación en el proceso de menores en el artículo 19 de la mencionada Ley.

*acerca la inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal, abriendo una puerta a la posibilidad de terminación del proceso a través de una solución consensuada*²¹.

Es en este escenario donde surge la justicia restaurativa con la víctima como actor principal. Se trata de un modelo basado en el diálogo y el consenso donde todas las partes pueden expresar su opinión y sentimientos y donde la reparación va mucho más allá de lo estrictamente material.

3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: DEFINICIÓN Y PROCEDIMIENTOS

La justicia restaurativa debe entenderse como un concepto flexible y, por lo tanto, establecer una definición cerrada se torna complicado. Sin embargo, nada impide dar una definición amplia que permita mantener esa flexibilidad inherente al concepto.

Naciones Unidas define justicia restaurativa como “una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad” y proceso restaurativo como “cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador”²².

Por su parte, ZEHR, considerado el “padre” de la justicia restaurativa, a pesar de cuestionar la conveniencia de dar una definición cerrada del término y apostando por la necesidad de principios y puntos de referencia, da un concepto base sobre el que sugiere trabajar: “La justicia restaurativa es un proceso para involucrar, en la medida de lo posible, a aquellos que tienen una participación en un delito específico para colectivamente identificar y abordar los daños, las necesidades y las obligaciones con el fin de sanar y poner las cosas lo más correctamente posible”²³.

Una vez definido el concepto resulta de interés hacer referencia a los tipos de procedimientos restaurativos que existen siguiendo la clasificación de la doctrina recogida en el Manual de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas²⁴:

- Victim-offender mediation, también conocido con las siglas VOM. Es el método más extendido y en él participan el ofensor, la víctima y un tercero impar-

²¹ MARTÍNEZ SOTO, T., “La mediación penal y la reforma...cit., p. 360-384.

²² UNODC, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, ONU, 2006, pp.22-26. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, consultado el 28 de noviembre de 2016.

²³ ZEHR, H., GOHAR, A., *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Pennsylvania, 2002, p. 40.

²⁴ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento...cit., p.43. GAVRIELIDES, T., *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2007, pp. 29-35.

cial conocido como mediador. Lo importante, más que el acuerdo alcanzado, es el diálogo que se crea, que hace que la víctima sienta que es escuchada a la vez que el victimario es consciente del daño causado, instándose la reparación. En España ya se han llevado a cabo numerosos programas piloto en este ámbito²⁵. En cuanto al momento de realización de la mediación, ésta se puede clasificar en tres modelos: independiente, si se lleva a cabo como una alternativa que evita el proceso como ocurren en el proceso Holandés conocido como “*dading*”; relativamente dependiente si forma parte del proceso y repercute en el mismo como ocurre con los programas piloto Españoles²⁶; y por último dependiente si se utiliza después del proceso, cuando ya se ha dictado sentencia, como ocurre en el caso de los encuentros restaurativos durante la fase de ejecución penitenciaria²⁷. En este estudio, nos centraremos en el segundo y el tercer modelo.

- Conferencia de grupo familiar: además del victimario y la víctima participan personas del entorno familiar, personal y social de las dos partes. En el proceso los protagonistas, junto con los partidarios de ambos, van hablando sobre el daño producido, como se puede reparar y, en general, sobre como dirigir la consecuencia del crimen. Pueden tener un carácter más formal con la participación del órgano jurisdiccional y con intervención de los sistemas públicos de asistencia social o bien un carácter más comunitario²⁸. Las conferencias se pueden llevar a cabo en centros comunitarios, en colegios y en centros policiales o de protección de menores y por norma general no tienen relevancia procesal.
- Círculos sentenciadores: participan la víctima, el victimario, diferentes miembros de la comunidad relacionados con el ámbito social de ambos, e incluso, el juez. Este método se incardina dentro del proceso penal de manera que el tribunal hace el reenvío y monitoriza los casos y el cumplimiento de las reglas. El objetivo es entender lo acontecido y buscar una solución, promoviendo la restauración de todas las partes afectadas y dando a los actores y miembros de la comunidad una oportunidad de resolver los conflictos de manera responsa-

²⁵ Véase el caso del Proyecto de Mediación Penal de la Audiencia Provincial de Madrid o de los juzgados de primera instancia e Instrucción de Getafe entre otros muchos. Para ello consultar la página web del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/>.

²⁶ GAVRIELIDES menciona otros procesos de mediación internacionales como el belga strafbemiddeling o el alemán Täter-Opfer- Ausgleich.

²⁷ GAVRIELIDES, T., *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2007, pp. 29-35.

²⁸ MARTÍNEZ SOTO, T., “Justicia Restaurativa y Terrorismo: perspectivas procesales para la reparación de las víctimas”, dirigida por SOLETO MUÑOZ, H.; ARNAIZ SERRANO, A.; Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Madrid, 2016, p.241.

ble y compartida. Durante el proceso se forma un Comité de Justicia Comunitaria (CJC) del que pueden formar parte los representantes de las instituciones judiciales. El CJC participa durante todo el proceso, apoyando a la víctima, decidiendo si el caso es idóneo para someterse al método y velando por el cumplimiento de los acuerdos. La remisión de los casos a estos Comités se puede realizar por la policía, fiscales o jueces y existen cuatro etapas fundamentales²⁹: (1) evaluación del caso para comprobar la pertinencia de aplicar éste método; (2) preparación de las partes que participan en el círculo; (3) búsqueda de un acuerdo consensual con el círculo y por último el seguimiento del acuerdo y (4) velación por su cumplimiento. El resultado se presenta al juez, que ha podido participar en el Comité, y la corte puede adoptarlo de manera completa, parcial o no adoptarlo, aunque por lo general tiene en cuenta lo decidido por el círculo. Éste método tiene su origen en las tradiciones Nativas Americanas y se utiliza en Estados Unidos tanto en la jurisdicción de menores como en la jurisdicción de adultos en todo tipo de delitos.

- Paneles Restaurativos: considerado el método menos restaurativo. Consiste en una reunión del panel con el agresor, una vez que ha asumido la culpa en el proceso, seguida de una reunión con la víctima en la que se discute la reparación. El panel se forma con la participación de los ciudadanos. En cuanto a la reparación, puede ser tanto económica como trabajos para la comunidad, cartas para la víctima o petición de disculpas. Para controlar que se cumplen las medias impuestas se realizan reuniones de seguimiento pasados unos tres meses, felicitando al agresor si las ha cumplido y reenviando el caso al juez en el caso de que no haya sido así³⁰.
- Mediación comunitaria: aunque GAVRIELIDES no recoge ésta modalidad, SOLETO MUÑOZ añade esta categoría señalando que, en un primer momento, este método se utilizó en barrios y escuelas proporcionando formación sobre la resolución de conflictos de convivencia tanto a profesores, como a alumnos y a voluntarios³¹. Actualmente, estos centros se encargan de realizar mediaciones en ámbitos no judiciales, como escolares o vecinales pero también realizan mediaciones judiciales por reenvíos de la corte³².

De todos ellos, como ya mencionamos, el más extendido es la mediación penal. De la misma, su regulación, sus fases y su inclusión en nuestro sistema penal, especialmente en la fase de ejecución, se va a profundizar durante los siguientes epígrafes.

²⁹ UNODC, *Manual sobre programas...*cit., pp.22-26.

³⁰ SOLETO MUÑOZ, H., "La justicia restaurativa como elemento...",cit., pp. 41-67.

³¹ *Ibidem*, p.66.

³² *Ibidem*.

4. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA PENAL

4.1. Dentro del marco de Naciones Unidas

En el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de Julio de 1945 se estipula que *“Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”*³³.

Además, destacan las siguientes resoluciones: la Resolución 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de Paz; la Resolución 55/59, sobre Plan de acción sobre Justicia Restaurativa; la Resolución 1999/26, de 28 de julio, del Consejo Económico y Social, sobre elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia retributiva en materia de justicia penal. También merecen especial mención la Resolución 2000/14, de 27 de julio, del Consejo Económico y Social, sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal; la Resolución 2002/12, de 24 de julio de 2002 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal o la última aprobada, la Resolución 2016/17, de 26 de julio de 2016, del Consejo Económico y Social sobre justicia restaurativa en asuntos penales.

4.2. Consejo de Europa

Dentro del marco del Consejo de Europa destacan las siguientes recomendaciones: la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal; la Recomendación núm. R (87)18, sobre la simplificación de la justicia penal; la Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización y la Recomendación núm. R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal.

4.3. Unión Europea

En el marco de la Unión Europea, encontramos una primera referencia al proceso de justicia restaurativa, y en concreto a la mediación penal, en el artículo 10 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001.

³³ Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945.

En virtud del artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Decisión fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta última tiene como finalidad, tal y como reza en su artículo 1 “*garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales*” y define justicia reparadora en su artículo 2 como “*cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial*”.

La Directiva no se refiere únicamente a la mediación como mecanismo de justicia reparadora sino que en la exposición de motivos aborda otros métodos como las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia³⁴. Además, recoge una serie de circunstancias y factores como “*la naturaleza y gravedad del delito, el daño causado, [...] los desequilibrios de poder y edad...*”³⁵ que se deben tener en cuenta en la aplicación de los métodos restaurativos ya que podrían suponer que la víctima no actúe con plena capacidad a la hora de tomar una decisión o podrían provocarle un perjuicio. Por último, se recoge la necesidad de que, como norma general, estos procedimientos sean confidenciales, a no ser que las partes o el derecho nacional de cada estado miembro dispongan otra cosa³⁶.

Es en el artículo 12 del texto de la Directiva donde se regulan los derechos y garantías de los servicios de justicia restaurativa que en virtud de la clasificación llevada a cabo por SUBIJANA sigue el modelo denominado habilitante en el que se permite la derivación de la mediación en todo tipo de delitos³⁷.

Además, a lo largo del articulado se abordan temas como la información, el apoyo a las víctimas durante el proceso, su participación y la especial protección de determinados tipos de víctimas con necesidades especiales.

³⁴ Concretamente la Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos establece en la exposición de motivos “*Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima*”.

³⁵ Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Según éste autor, existen tres modelos de marco normativo para fijar los límites de los procesos restaurativos: el directivo, que especifica qué tipos delictivos pueden ser derivados a procesos restaurativos, el prohibitivo que especifica qué tipos delictivos no pueden ser derivados a procesos restaurativos y el habilitante que permite la derivación de todo tipo de ilícitos a procesos restaurativos.

4.4. Legislación Española

Dentro del marco de la legislación española, existen pocas referencias a la justicia restaurativa. Destacan la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y la introducción de la mediación en la jurisdicción penal de menores recogida en los artículos 19 y 51.3 de la LORPM. En el ámbito de la jurisdicción de adultos las primeras referencias surgieron en dos proyectos legislativos que no siguieron adelante: el Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011³⁸ y en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013³⁹.

El Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 regulaba el principio de oportunidad como institución necesaria para la entrada de mecanismos alternativos a la acción penal en el apartado XXIV de la exposición previa, el principio de oportunidad y la conformidad en el apartado XXV y el principio de oportunidad y la mediación en el apartado XXVI. Estos epígrafes eran desarrollados en los artículos 137 a 161 del texto.

Respecto al apartado XXIV, se proponía la entrada del principio de oportunidad de tres maneras diferentes basadas en los modelos alemán y portugués: por un lado en los delitos de menos de dos años siempre que no fueran delitos de corrupción, no se hubieran producido con violencia o intimidación o no fueran delitos contra menores de catorce años. En segundo lugar, en los delitos de penas de hasta cinco años se recogía una oportunidad condicionada a que se obtuviese el consentimiento de la víctima y a que se cumpliesen determinadas reglas de conducta por parte del victimario. Por último, se regulaba el principio de oportunidad con respecto a ciertos delitos de organizaciones criminales y la figura del arrepentido y otra respecto al principio de oportunidad en relación a *“el grave peligro que, en casos puntuales, una investigación criminal puede entrañar para la seguridad nacional”*⁴⁰.

En lo que se refiere a la conformidad, el apartado XXV establecía que se eliminaba el límite cuantitativo de 5 años. Además se recogía que el control judicial de la misma sería llevado a cabo por un juez diferente al órgano enjuiciador para evitar que se propiciasen conformidades con la finalidad de evitar la celebración de juicios.

Por último, respecto a la mediación estipula el apartado XXVI que *“Aparece, así, la mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad”*. Se encomendaba al fiscal el estímulo de acuerdos reparadores para los particulares a través de la

³⁸ Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Disponible en: <http://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf>, consultado 1 de noviembre de 2016.

³⁹ Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013. Disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/CODIGO_PROCESAL_PENAL%5B1%5D.pdf, consultado 1 de noviembre de 2016.

⁴⁰ Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

mediación recogiendo la posibilidad de un archivo de la causa supeditado al cumplimiento de lo acordado en las sesiones de mediación.

El Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal no siguió adelante debido al cambio de legislatura y en febrero de 2013, el nuevo gobierno llevó a cabo el Borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal. En éste documento la mediación se encontraba regulada en Título VI del Libro II, concretamente en los artículos 143 a 146, en los que se daba una definición de mediación, se remitía a ciertos artículos de la Ley 5/2012, se estipulaba que sería el Ministerio Fiscal quién comunicase a la víctima a través de las Oficinas de Atención a la Víctima la posibilidad de someterse a este proceso y por último que la mediación tendría carácter gratuito.⁴¹

Finalmente, ha sido la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, el texto que ha recogido la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2012. La misma, en su exposición de motivos reza *“Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”*

La LEVD recoge en su artículo 3 que todas las víctimas tienen derecho a participar en los servicios de justicia restaurativa y a un trato respetuoso de los mismos, entre otros derechos. En el artículo 5 se recoge su derecho a recibir información de los servicios de justicia restaurativa y el artículo 29 reza que las Oficinas de Apoyo a las Víctimas prestarán apoyo a los servicios de justicia restaurativa. Sin embargo, es el artículo 15 donde se regula el grueso de lo relativo a los servicios de justicia restaurativa, siguiendo el modelo de la Directiva 2012/29/UE:

“Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;*
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;*
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;*

⁴¹ Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013.

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

En definitiva la LEVD ha introducido de manera muy escueta la justicia restaurativa. Si bien en un primer momento el artículo hace referencia a que las víctimas pueden acceder a los servicios de justicia restaurativa, a continuación menciona únicamente la mediación, dejando al margen otras vías sí contempladas por la directiva, como es el caso de las conferencias grupo-familia o los círculos de sentencia.

Además, recoge que la mediación únicamente será posible en el caso de que “*no esté prohibida por ley*”, contemplando la prohibición del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y dejando la puerta abierta a futuras prohibiciones en otro tipo de delitos.

También se encuentra el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, que reza en la exposición de motivos “*Las Oficinas informarán a la víctima sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, propondrán al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, y realizarán actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.*” y así lo recogen los artículos 12.1, 14.2, 27 k), 28.2ª f). y 37 a).

Por último, tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se hace una breve mención a la mediación en el artículo 84.1.1º del Código Penal donde se estipula que “*El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación [...]*”

5. Principios de la mediación penal

Una vez expuesto el marco normativo de la justicia restaurativa, se pueden extraer los derechos y garantías que deben respetarse en el proceso. Se hará referencia a las garantías en la mediación, dado que es el único con cobertura legal en el sistema español

aunque, en general, se trata de garantías que se deben respetar en todos los procesos restaurativos.

En primer lugar debe ser un proceso completamente voluntario. En el caso de la mediación, ambas partes, tanto la víctima como el victimario, deben acudir al proceso tras haber sido informados del mismo, sus consecuencias, y de la posibilidad de retirarse en el momento en que lo consideren oportuno⁴² y así lo indican las letras b y c del artículo 15 de la LEVD. A este consentimiento libre y voluntario se refiere SUBIJANA como “la garantía de autonomía”⁴³ haciendo especial mención a dos aspectos: por un lado a las víctimas especialmente vulnerables, en cuyo caso, se debe reforzar ésta garantía, debiendo el tribunal ponderar en cada caso concreto circunstancias como la edad, la discapacidad o la asimetría de poder que pueden hacer que la víctima no consienta voluntariamente. Por otro lado, al papel de los abogados como orientadores jurídicos para explicar y aconsejar a las partes sobre someterse a un proceso de justicia restaurativa⁴⁴.

- **El proceso debe ser gratuito.** Los honorarios recibidos por el mediador son cargados a las cuentas del estado y en principio (a pesar de que en la fase informativa si que se contempla que el abogado de la parte pueda estar presente) en el proceso no intervienen ni abogados ni procuradores por lo que no existen costas⁴⁵.
- Además **el proceso debe ser confidencial**, y así lo recogen el artículo 15 de la LEVD. Todo aquello que se discuta dentro del proceso de mediación no será conocido por el juez ni podrá entrar en el proceso en aras de respetar los derechos del procesado. Se trata de un requisito de suma importancia pues permite que, si la mediación no finaliza con un acuerdo por la partes y es necesario continuar con el proceso, los derechos de defensa y de presunción de inocencia del victimario no se vean afectados.

42 FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal” en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015, pp. 1-45. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5258493>, consultado el 12 de octubre de 2016.

43 SUBIJANA, I.J., “La mediación como técnica de justicia restaurativa”, en *Blog Hay Derecho*, 2015. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/06/01/la-mediacion-como-tecnica-de-justicia-restaurativa-a-proposito-de-la-proxima-entrada-en-vigor-de-la-ley-organica-del-estatuto-de-la-victima-del-delito/>, consultado el 12 de noviembre de 2016.

44 Aunque los abogados no forman parte del proceso de mediación, sí que son fundamentales en el mismo. Por ejemplo durante la sesión informativa donde los mediadores explican cómo se llevará a cabo el proceso, las condiciones bajo las que se procederá o el espacio en el que se realizará la mediación, los abogados pueden estar presentes y asesorar a sus clientes sobre la conveniencia o no de iniciar las sesiones.

45 En el informe al anteproyecto de ley orgánica del estatuto de las víctimas de delito se estipulaba que “*Se echa de menos la falta de referencia a la oficialidad de la mediación, que no se exige; y a su gratuidad.*”, y esta gratuidad no aparece expresamente recogida en LEVD. Éste informe se encuentra disponible en el siguiente enlace <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>.

- **Autonomía e imparcialidad del mediador.** El mediador es un tercero ajeno al conflicto que debe ser neutral en todo momento. Su función principal es facilitar, desde fuera, una aproximación de las partes para alcanza un acuerdo⁴⁶.

Además, en virtud del Protocolo de Mediación Penal elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, también deben regir en la mediación⁴⁷:

- **El principio de Oficialidad**, refiriéndose a que “*Le corresponde al órgano jurisdiccional previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, de otra Acusación o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal*”.
- **El principio de Flexibilidad**, debiendo adaptarse el proceso de mediación a las circunstancias concretas de cada caso. No debe fijarse un número concreto de reuniones, ni una duración exacta para las mismas; debe ser el mediador, en base a su experiencia y su criterio quien decida el proceso a seguir en cada situación.
- Por último, **la bilateralidad**. Ambas partes deben tener la oportunidad de expresar su punto de vista y sensaciones, dado que lo más importante en la mediación penal es el diálogo que se crea entre víctima y victimario.

6. FASES DE LA MEDIACIÓN

Respecto a las fases de la mediación penal, la doctrina ha establecido la existencia de tres grandes fases⁴⁸: la fase informativa, la mediación y la fase de ejecución del acuerdo.

6.1. La fase informativa

En virtud del protocolo de mediación realizado por el CGPJ, una vez se produce la derivación del asunto a mediación el juzgado lo notificará al investigado y a la víctima en forma de resolución motivada. En ésta se indicará que el servicio de mediación correspondiente se pondrá en contacto con ellos vía escrito o de manera telefónica para fijar el día de la reunión informativa⁴⁹.

⁴⁶ FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones...”, cit.

⁴⁷ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación Penal”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, CGPJ, Madrid, 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, consultado el 15 de noviembre de 2016.

⁴⁸ ESPINOSA ZAFRA, R., “La mediación Penal: una alternativa a la resocialización” en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 107-124.

⁴⁹ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación...”, cit.

Una vez se produce el contacto, el equipo de mediación informará a ambas partes de los siguientes términos: en qué consiste la mediación, cómo se llevará a cabo el proceso, las condiciones que se tienen que dar para que se pueda acceder a la mediación y sus consecuencias.⁵⁰ Por norma general, este primer contacto será telefónico, y si ambas partes acceden, se concretará una sesión, por separado, a la que pueden ir acompañados de sus respectivos abogados. En dicha cita, se volverá a informar a las partes de todo el proceso, de sus derechos, la incidencia para el investigado, la ejecución del resultado y del desarrollo de mismo⁵¹. Si finalmente aceptan, firmarán un documento denominado “acta constitutiva de mediación”⁵².

6.2. Fase de mediación

Una vez las partes han accedido a someterse al proceso, comienzan las reuniones individuales. Estas reuniones, totalmente confidenciales, tienen como finalidad preparar a víctima y al victimario para una futura reunión conjunta. Los mediadores desarrollan las técnicas que crean convenientes para conseguir el acercamiento de posturas y fomentar el diálogo entre las partes.

Respecto al plazo para que se lleve a cabo la mediación, será establecido por el Juez. En el caso de que la mediación se derive en fase de enjuiciamiento, el juez podrá fijar la fecha para el juicio oral teniendo en cuenta las necesidades del proceso de mediación. Incluso, si vencido el plazo inicialmente acordado el equipo de mediación prevé que se puede alcanzar un acuerdo podrá solicitar, mediante un informe, que se amplíe el plazo en virtud del principio de flexibilidad al que más arriba se hizo referencia⁵³.

Al acuerdo adoptado en mediación se le denomina “acta de reparación”. Se trata de un documento que redactará el equipo de mediadores que deberá contener “*la identificación de las partes, el objeto del conflicto, el objeto del acuerdo, las cláusulas del acuerdo, los efectos de su incumplimiento, etc*”⁵⁴. Aunque es el equipo de mediación el que redacta el acuerdo, éste será remitido a los abogados de las partes para su aprobación previa a la firma de las partes si éstas así lo solicitan⁵⁵.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ESPINOSA ZAFRA, R., “La mediación Penal: una alternativa...”, cit., pp. 107-124.

⁵² Señalar que si la víctima fuese menor de edad deberá ir acompañado de su representante legal y en el caso de personas jurídicas “*las entrevistas se realizarán con quien esta designe, asegurándose previamente de su capacidad para tomar decisiones y firmar acuerdos de reconciliación que den seguridad jurídica al proceso, velando por la no coincidencia del representante como posible investigado al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 bis del C.P*” y así se recoge en el Protocolo de mediación.

⁵³ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación...”, cit.

⁵⁴ ESPINOSA ZAFRA, R., “La mediación Penal: una alternativa...”, cit., p. 119

⁵⁵ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación...”, cit.

6.3. Fase de ejecución del acuerdo

Esta fase consiste en la introducción del acuerdo en el sistema procesal. El acuerdo adoptado entre las partes es un acuerdo privado y por tanto, al igual que en otras ramas del derecho, para que éste pueda ser opuesto frente a terceros es necesaria su homologación judicial.

En el caso de la mediación penal, el *ius puniendi* pertenece al estado, y por tanto no se trata de una homologación al uso. Será necesario que se dicte una sentencia por un juez que recoja lo acordado ya que las partes no tienen potestad para “castigar”. Por lo tanto, “*una vez firmada el acta de reparación, se dará traslado de la misma a las partes para que procedan a su gestión procesal conforme a los trámites del procedimiento de que se trate y comunicará al Juzgado o Tribunal la finalización del proceso de mediación con un acuerdo restaurativo*”⁵⁶. El procedimiento para la introducción del acuerdo, varía en función de la fase del proceso en la que se encuentren las partes, como ahora se desarrollará.

7. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LAS FASES DE INSTRUCCIÓN Y ENJUICIAMIENTO

Como se expuso anteriormente, nuestro sistema se rige esencialmente por el principio de legalidad. Sin embargo, existen excepciones:

- En primer lugar en el proceso de menores. Los artículos 16.2, 18 y 19 de la LORPM introdujeron la posibilidad de que el Ministerio Fiscal ostentara “*un limitado poder de archivo, como la posibilidad de obtener un sobreseimiento por la conciliación del agresor con la víctima o la inexistencia de interés público en la persecución*”⁵⁷.
- En segundo lugar, la reforma introducida por la LO 1/2015 de reforma del Código Penal que, entre otras cosas, ha suprimido las faltas quedando regulados los denominados “delitos leves”. En estos delitos, a través de la modificación del libro VL de la LECrim, se ha introducido el principio de oportunidad reglada del Ministerio Fiscal. Atendiendo a la escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor y a la ausencia de interés público en su persecución podrá pedir el Ministerio Fiscal el archivo de la causa. Se trata de una petición vinculante independientemente de lo que digan el resto de partes personadas, incluida la víctima. En el caso de los delitos patrimoniales, se entenderá que no existe interés público en su persecución cuando

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. (7ª Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.104-106.

“se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado” en virtud de lo establecido en el artículo 963.1.1º b) de la LECrim. Esta modificación ha sido bastante criticada por parte de la doctrina⁵⁸.

- Por último, se encuentra en la LECrim la figura de la conformidad que en palabras de MARTINEZ SOTO *“se presenta como un medio que acerca la inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal, abriendo la posibilidad de terminación del proceso a través de una solución consensuada”*⁵⁹ y según FLORES PRADA *“La aparición, aunque encubierta, de la conformidad negociada ha supuesto en España un cambio cualitativo importante en la evolución de un proceso penal rígido a un proceso penal con elementos autocompositivos o transaccionales”*⁶⁰.

Mediante el uso de estas vías y de la posibilidad del perdón del ofendido en los delitos privados, el acuerdo de mediación penal se puede introducir en el proceso penal.

7.1. Fase de instrucción

Conviene aclarar, en primer lugar, que antes de la incoación del proceso penal se puede producir una mediación entre las partes. Se estaría ante una mediación extraprocésal, que solo podría darse en delitos en los que la persecución depende de la voluntad del ofendido o perjudicado⁶¹. En palabras de GAVRIELIDES, se trata en estos casos de programas de mediación independientes, que se ofrecen como una alternativa al proceso en una fase muy temprana y sustituyen la respuesta penal al crimen.

En nuestro sistema procesal, existe un trámite que podría ser considerado una mediación independiente. Concretamente, los artículos 278 y 804 de la LECrim exigen en los delitos privados, es decir, la calumnia y la injuria contra particulares, un acto de conciliación previo para la admisión la querella.

⁵⁸ No han faltado las voces críticas a la forma en la que se ha introducido el principio de oportunidad. Entre otros MORENO CATENA según el cual *“La oportunidad que se ha introducido a través de la modificación del Libro VI de la LECRIM responde a algunas pocas reglas contenidas en la ley, realmente muy escasas, que reconocen un considerable margen de discrecionalidad a la actuación del Ministerio Fiscal, dejando en sus manos la conclusión de un proceso penal que ha incoado el juez de instrucción, que se trunca por la sola petición del acusador público ejercitando un principio de oportunidad puro es decir, el proceso finaliza sin contrapartida y sin condición alguna que deba cumplir el denunciado para que se dicte el auto de sobreseimiento”* MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., p.75.

⁵⁹ MARTÍNEZ SOTO, T., *“La mediación penal y la reforma...”*, cit., p. 375.

⁶⁰ FLORES PRADA, I., *“Algunas reflexiones...”*, cit., pp. 1-45.

⁶¹ Así lo recoge ZAFRA ESPINOSA que reza *“en aquellos delitos donde la parte ofendida goza de la disponibilidad sobre el inicio de la acción penal-delitos semipúblicos y delitos privados- , la mediación puede resultar ser un mecanismo previo al proceso penal-es decir, una mediación extraprocésal y que puede no derivar en la iniciación del procedimiento (en caso de llegar a acuerdo restaurativo y siempre que las pretensiones de la parte ofendida se hayan satisfecho)”* ESPINOSA ZAFRA, R., *“La mediación Penal: una alternativa...”*, cit., pp. 120-121.

En cuanto a la acción civil, tanto en los delitos semipúblicos, como en los privados y en virtud del artículo 107 de la LECrim, nada impide que las partes se sometan a un proceso restaurativo para la satisfacción de la misma en una determinada cuantía, contenido o plazos de cumplimiento o bien para su renuncia⁶².

La fase de instrucción en palabras de MORENO CATENA “*consiste en realizar las actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir el juicio contra una persona determinada*”⁶³. Durante ésta, el acta de reparación puede integrarse en el proceso de tres maneras diferentes⁶⁴:

En primer lugar, la derivación a mediación durante esta fase puede extinguir la acción penal en los delitos en los que se contempla el perdón del ofendido, tal y como lo recoge el artículo 130.1.5º del Código Penal⁶⁵.

Por otro lado, si la mediación llevada a cabo durante la instrucción finaliza con el reconocimiento de hechos por parte del encausado en cualquier momento de las diligencias previas y “*éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan acusación con la conformidad del acusado*”⁶⁶ incoándose diligencias urgentes y tornándose el procedimiento en abreviado. El límite al que hace referencia el artículo es una pena de prisión no superior a los tres años en abstracto, una pena de multa cualquiera que sea su cuantía u otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años (art 801.1.2º de la LECrim). Esta conformidad, conocida como premiada, supondrá la imposición de la pena solicitada reducida en un tercio (801.2 LECrim).

En el supuesto de que se presente escrito de acusación y se haya llegado a un acuerdo en mediación, se podrá proceder a petición del Ministerio Fiscal, el abogado de la defensa y de la acusación particular, a la aplicación del artículo 784.3 de la LECrim según el cual “*En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787*”. También se puede hacer mediante un nuevo escrito conjunto. De esta manera se recurrirá a la institución de la conformidad ordinaria, aplicándose en la práctica la atenuante recogida en el artículo 25.1º del Código Penal y cualesquiera otras que sean pertinentes en el caso concreto.⁶⁷ Del acuerdo de mediación y de conformidad se dará traslado al Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial que corresponda antes de iniciarse la práctica de la

⁶² FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 1-45.

⁶³ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., pp.104-106.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Los delitos en los que la ley prevé el perdón del ofendido son los de descubrimiento y revelación de secretos recogidos en el artículo 201.3 del Código Penal, delitos contra el honor, calumnias e injurias recogidos en el artículo 205.3 y delitos de daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros.

⁶⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 779.1.5º.

⁶⁷ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación...”, cit.

prueba en virtud de lo establecido en el artículo 787 de la LECrim, que controlará los extremos que ahora se expondrán.

Por último, en virtud del artículo 539 de la citada LECrim⁶⁸, en aquellos casos en los que ni el perdón del ofendido extingue la responsabilidad ni se puede acudir a la conformidad, el proceso restaurativo podría desplegar consecuencias mediante la modificación de las medidas cautelares personales; el hecho de que el encausado haya participado en un proceso de estas características e intentado reparar a la víctima puede entenderse como un indicio sobre la no concurrencia de riesgo de fuga, peligro de obstrucción o peligro de reiteración delictiva.

7.2. Fase de enjuiciamiento

Es en esta fase donde los procesos de mediación están más implantados. Durante el enjuiciamiento *“el órgano judicial, una vez decidido que efectivamente existe base para el enjuiciamiento, lo hace en un proceso público, que reúne todas las garantías constitucionales y termina con una sentencia firme”*⁶⁹

Llegados a este punto, el Juez del Juzgado de lo Penal o bien el de la Audiencia Provincial que corresponda dicta auto de admisión de pruebas y señalamiento del juicio oral. Si el juez o el ministerio fiscal estiman el caso susceptible de mediación o las propias partes así lo solicitan, se produce la derivación del caso. Si finalmente se llega a un acuerdo, la entrada del mismo tiene dos vertientes:

Por un lado, en los delitos semipúblicos en los que el perdón del ofendido produce la extinción de la responsabilidad penal, si la víctima considera que su daño ha sido reparado mediante éste, podrá otorgar el perdón en juicio.

Por otro lado, en los delitos perseguibles de oficio y en aquellos semipúblicos en los que el perdón del ofendido no tiene efectos extintivos, la inclusión del acta de reparación se lleva a cabo mediante vías alternativas. La cuestión principal, como se ha expuesto previamente, es la existencia de los principios de legalidad y de necesidad, en contraposición al principio de oportunidad. Sin embargo, aunque parezcan principios antagónicos, ya expusimos que existen en el proceso transacciones entre las partes.

En el caso de la jurisdicción penal de adultos, ya se están llevando a cabo programas de mediación en numerosos tribunales⁷⁰ con protocolos propios de actuación. Aún así, existen mecanismos recogidos en la LECrim que permite la transacción como es

⁶⁸ El artículo 539 de la LECrim reza *“También se dictará auto mandando reducir la fianza y el embargo a menor cantidad que la prefijada si resultasen motivos bastantes para creer que la cantidad mandada afianzar es superior a las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran imponerse al procesado”*.

⁶⁹ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., p.27.

⁷⁰ Consultar página del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en

el caso de la atenuación de la pena, la suspensión, el indulto..., y la institución más destacada, de la que ya hicimos mención en la fase de instrucción, la conformidad.⁷¹

En palabras de MORENO CATENA, *“Desde su origen en el texto de la LECrim de 1882 y hasta las recientes manifestaciones en las Leyes de reforma de 1988, 1992, 2002 y 2009 la conformidad tradicionalmente se ha configurado en la justicia penal española como una institución procesal basada en el principio de adhesión; es decir, un modo de poner fin al proceso, que supone la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida”*⁷².

La conformidad ha supuesto un cauce para la introducción de métodos autocompositivos, como la mediación en nuestro sistema⁷³. La institución supone la aceptación de la pena más grave de las formuladas por las acusaciones, pues todas deben estar de acuerdo, estableciéndose el límite cuantitativo de seis años de pena privativa efectiva por delito. En estos casos, el tribunal puede realizar un triple control:

- En primer lugar debe asegurarse que la conformidad se está prestando de manera consciente, informando al encausado las consecuencias de prestar la misma y cerciorándose de que comprende que está renunciando a la defensa en el juicio oral.
- Además, controlará que la conformidad se está llevando a cabo de manera voluntaria, sin coacciones o amenazas.
- Por último, se controlará que se cumple el principio de legalidad. No podría aceptarse una conformidad en la que la calificación jurídica corresponda a unos hechos, y la pena no sea posible aplicando los preceptos del código penal. Sin embargo, en lo que respecta a los hechos, son vinculantes y el juez debe estar a lo alegado por las partes.

De esta manera si tras las sesiones de mediación se llega a un acuerdo, se homologaría a través del ya citado artículo 784.3 de la LECrim de manera que o bien *“el acusado manifieste su conformidad después del escrito de acusación, habiendo presentado o no escrito de defensa, y antes del inicio de las sesiones del juicio oral, presentando un escrito de calificación conjunta, que habrán de firmar todas las acusaciones y el acusado”*⁷⁴ o bien ya en el mismo juicio oral *“en el que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación”*⁷⁵ pero siempre prestándose, como tarde, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de iniciarse la práctica de la prueba.

En virtud del protocolo de mediación desarrollado por el CGPJ *“La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el “Plan de reparación”,*

⁷¹ MARTÍNEZ SOTO, T., “La mediación penal y la reforma...”, cit., p. 374.

⁷² MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., p.348.

⁷³ MARTÍNEZ SOTO, T., “La mediación penal y la reforma...”, cit., p. 374.

⁷⁴ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., p.348.

⁷⁵ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación...”, cit.

*que el/la Juez o el Tribunal podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito —art. 110 CP—, o como regla de conducta del art. 83 CP en caso de que se adoptase la suspensión de la ejecución de la condena. La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral*⁷⁶.

Otra manera de introducir el acuerdo de reparación alcanzado en mediación, en aquellos supuestos en los que la conformidad no es posible, es mediante la atenuante de reparación recogida en el artículo 21.5ª del CP. A tal efecto, es especialmente relevante la STS 770/2013 de 22 de octubre de 2013 en la que se recogen los fundamentos de la atenuante. En ella se estipula que “*cabe cualquier forma de reparación, no solo la económica, admitiéndose expresamente una reparación simbólica*” y se hace especial mención a los postulados de la Justicia Restaurativa⁷⁷.

Por último, en el caso del juicio por delito leves y teniendo en cuenta que en el mismo no hay fase de instrucción, hay que mencionar dos particularidades: por un lado, debido a que en el artículo 131.1 del CP se indica que éstos prescriben al año, el Juzgado de Instrucción para facilitar la mediación “*y dentro de los plazos legalmente establecidos, a fin de impedir la prescripción, fijará el señalamiento atendiendo a las necesidades temporales del proceso de mediación.*”⁷⁸ En segundo lugar, y teniendo en cuenta la ya mencionada introducción del principio de oportunidad por parte del ministerio fiscal en los delitos leves, en caso de que se llegue a un acuerdo en mediación el acta de reparación se trasladará al Ministerio Fiscal para que la examine y decida si solicita el sobreseimiento del procedimiento.

8. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN FASE EJECUCIÓN

En palabras de MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ se define la ejecución penal como “*la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución*”⁷⁹.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Concretamente la STS 770/2013 de 22 de octubre de 2013 reza “La víctima ha pasado de ser el “*sujeto pasivo*” del delito, sin rostro, a ser protagonista, protagonista pasivo pero corporal y concreto y por tanto perjudicado, de la acción delictiva, y uno de los fines a que debe atender el sistema de justicia penal, es a la protección del perjudicado de acuerdo con los postulados de la Justicia Restaurativa, que pone el énfasis en el reconocimiento de los roles de la víctima y del agresor poniendo el acento en obtener una respuesta más centrada en el daño concreto causado a la víctima y a su reparación, de suerte que la reparación viene a restaurar la situación anterior a la infracción, dando satisfacción a la víctima y al mismo tiempo reintegrándose el agresor a la comunidad civil por el reconocimiento de su ilegítimo actuar que se patentizaría con el hecho de la reparación y reconocimiento de la violación normativa que efectuó”.

⁷⁸ SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación...”, cit.

⁷⁹ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., p.602.

Por norma general, en las experiencias piloto que se están llevando a cabo, el grueso de las derivaciones se ha producido durante las fases de instrucción y enjuiciamiento⁸⁰. Sin embargo, la fase de ejecución, tanto procesal como penitenciaria, es especialmente idónea para la implantación de la justicia restaurativa por varios motivos⁸¹:

En primer lugar, dado que existe una sentencia dictada por un juez, las posiciones de víctima y victimario han quedado establecidas, eliminando el derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la Constitución. No hay duda de quién ha infringido el daño y quién debe repararlo. En palabras de TAMARIT SUMALLA “*Las suspicacias, más o menos fundamentadas, que se han levantado ante la mediación penal antecedente desde la perspectiva de la presunción de inocencia se difuminan del todo cuando la justicia reparadora se hace efectiva después de un pronunciamiento formal y definitivo de culpabilidad*”⁸².

En segundo lugar, el Estado ya ha aplicado su *ius puniendi*, afirmado la vigencia de la norma, es decir, se abole la crítica de “*la ausencia de efectos disuasorios de la mera reparación del daño, con el consiguiente déficit en la capacidad preventivo-general (en sentido negativo) de un sistema orientado hacia la protección de bienes jurídicos*”⁸³.

En tercer lugar, en el caso de la mediación en fase de ejecución, el CP contiene cauces para introducir el acuerdo de reparación alcanzado en fase de ejecución procesal y la fase de ejecución penitenciaria está regida por una gran flexibilidad con instrumentos como la progresión en grado, los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios.

Por último, si el crimen se ha cometido en el seno de relaciones familiares, vecinales o laborales, la mediación en esta fase es una herramienta muy útil para ayudar a las partes a abordar desde una perspectiva segura el futuro reencuentro⁸⁴.

Es importante, dado que estamos hablando de un cauce de participación de la víctima en la ejecución de la sentencia, hacer referencia a la controversia suscitada por el poder que le da LEVD en esta fase. La Directiva 2012/29/UE regula la participación de la víctima en ejecución únicamente en su artículo 6.5º donde establece que se debe notificar a las víctimas la puesta en libertad o la fuga de “*la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten*” así como que se informe a las mismas de las medidas para su protección que se hayan tomado como consecuencia de la fuga o puesta en libertad del infractor. Añade el artículo 6.6º de la Directiva que

⁸⁰ Véase como ejemplo el caso de la mediación intrajudicial en la Comunidad Autónoma Vasca, disponibles en SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La Mediación Penal Intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la Luz de los Datos Ofrecidos por la Primera Memoria Elaborada tras la Aprobación, en junio de 2011, de la Última Versión del Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial”, en Oñati Socio-Legal Series, núm.4, 2014, pp. 351-368

⁸¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La Mediación Penal Intrajudicial...”, cit.

⁸² TAMARIT SUMALLA, J.M., “La introducción de la Justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?” en *Revista General de Derecho Penal*, núm.1, 2004.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

“las víctimas recibirán, si lo solicitan, la información contemplada en el apartado 5, al menos en los casos en que exista peligro o un riesgo concreto de daño para las víctimas, y a no ser que exista un riesgo concreto de daño para el infractor que pudiera resultar de la notificación”.

A pesar de ello, la directiva es una norma de mínimos, lo que quiere decir que *“los estados miembros deben respetar las obligaciones mínimas establecidas. Sin embargo, están autorizados para establecer previsiones adicionales. En función de lo exigido por el ámbito de aplicación del instrumento, sus disposiciones complementarias pueden ser más o menos rígidas”*⁸⁵.

Como consecuencia, la LEVD ha ampliado lo estipulado por la Directiva 2012/29/UE en su artículo 13 *“participación de la víctima en ejecución”* que en su apartado primero recoge la posibilidad de que a las víctimas que hayan solicitado que se les notifiquen bien el auto por el que el Juez de Vigilancia penitenciaria autoriza la concesión de tercer grado antes de que su cumpla la mitad de la condena, bien el auto por el que se acuerda que determinados beneficios penitenciarios se refieran al límite de la condena o bien el auto por el que se concede la libertad condicional para penas interpuestas de más de cinco años cuando la víctima lo es de alguno de los delitos señalados, los recurran aunque no se hayan mostrado parte en la causa. El apartado segundo legitima a las víctimas para que soliciten la interposición de determinadas medidas cuando se conceda la libertad condicional y para facilitar al juez información para resolver sobre la pena interpuesta, las responsabilidades civiles o el decomiso. Por último, el apartado 13.3 estipula que el Juez de Vigilancia Penitenciaria permitirá a las víctimas hacer alegaciones de manera previa a que se dicte alguna de las resoluciones recogidas en el apartado 1 siempre que lo hubieran solicitado⁸⁶.

El CGPJ emitió el 31 de enero de 2014, un informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito. En el mismo, y respecto a la intervención de la víctima en fase de ejecución se establecía lo siguiente *“No resulta cuestionable hoy en día que, aunque la ejecución de la pena corresponde al Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia –sin perjuicio de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria– y en el proceso de ejecución son parte necesaria el condenado y el Ministerio Fiscal, ha de permitirse también la participación en él de la víctima –si bien solo respecto de los pronunciamientos de la sentencia que les afecten”*⁸⁷.

Uno de los puntos en los que se detenía el informe era en las posibles dificultades que podría ocasionar la notificación a las víctimas en el procedimiento de ejecución ante el Juzgado de vigilancia Penitenciaria dado que *“En muchas ocasiones no se tiene ni*

⁸⁵ KLIP, A., *Europeana Criminal Law: An Integrative Approach* (2ªEd.), Interesentia, Cambridge, 2012, p.32.

⁸⁶ Artículo 13 de la Ley 4/2015, del 27 de Abril, del Estatuto de la víctima del delito. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>, consultado el 5 de octubre de 2016.

⁸⁷ CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del delito*, 2014. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>, consultado 12 de diciembre de 2016.

siquiera conocimiento de la existencia de la víctima, ni, en la mayoría de los casos, de su domicilio actual". A esto ya se refirió TAMARIT SUMALLA indicando que el artículo 15.2 de la LOGP no impide recoger en el expediente que ordena abrir a cada interno información relativa a los datos de la víctima⁸⁸. De esta forma se facilitaría también que se llevaran a cabo programas restaurativos en fase penitenciaria.

Por otra parte se ponía énfasis en un aspecto en relación a la suspensión y la sustitución de la pena recogiendo que *"no se le da intervención en relación con la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad, pese a que la audiencia de la víctima posee una especial importancia tanto para la decisión sobre la suspensión o sustitución, como para el establecimiento de los deberes u obligaciones"*. Con la reforma del CP acontecida en 2015 se eliminaron las referencias a la audiencia de las partes por parte del tribunal recogidas en los artículos 80 y 88 del CP en lo que a éstas dos figuras se refiere⁸⁹. Concluye el informe que *"se propone la regulación de la intervención, participación y audiencia de la víctima en la fase de ejecución de las penas y de los pronunciamientos indemnizatorios que les afecten"*.

Sin embargo, también se pronunció un voto particular formulado por dos vocales al que se adhirieron otros 5, que consideraban que la participación de la víctima en la fase de la ejecución de la pena y su regulación en el artículo 13 de la LEVD no era acertada. En resumen los motivos esgrimidos fueron los que siguen⁹⁰:

En primer lugar, establecían que en la Directiva *"no obliga a los Estados a regular derechos de participación de la víctima en el régimen del cumplimiento de penas privativas de libertad"*, punto al que ya se hizo referencia anteriormente cuando se aclaró que se trataba de una norma de mínimos y que por tanto los derechos de las víctimas podían ser ampliados por parte de los Estados miembros.

En segundo lugar, alegaban que no existen regulaciones similares al artículo 13 en el Derecho comparado y que tampoco se trata de una vía apoyada por parte del TEDH citando, entre otras, la Sentencia Pérez c. Francia de 12 de Febrero de 2004 *"que entiende que la constitución de la víctima como (únicamente) parte civil entra en el ámbito protegido por el artículo 6 CEDH, sin que reconozca otros tipos de intervención"*⁹¹. En palabras de DE HOYOS SANCHO, que no se haya tenido en cuenta el derecho de participar de la víctima en ejecución por parte de los tribunales europeos no significa

⁸⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., "La introducción de la..., cit.

⁸⁹ Concretamente recoge el informe que *"con ocasión del Anteproyecto de LO de reforma del Código Penal de octubre de 2012, se advirtió por este Órgano que la reforma no contemplaba la audiencia de la víctima en este incidente, suprimiendo incluso la actualmente prevista en el artículo 81.3 CP en relación con la posible insolvencia del penado; por lo que se recomendaba regular la intervención de la víctima. Recomendación que no parece hay sido acogida ni en el Proyecto de la LO de reforma del CP ni en el Anteproyecto objeto de este informe."*

⁹⁰ Voto particular emitido el 03 de Febrero de 2014 al Acuerdo Adoptado en el punto I-19º del Orden del día del Pleno del Consejo General del Poder Judicial Celebrado el 31 de Enero de 2014, por el que se aprobó el Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de Las Víctimas Del Delito.

⁹¹ Ibídem.

que la jurisprudencia sea contraria a que ésta se reconozca, sino que *“dichos tribunales no pueden estimar pretensiones con base en normas que no contienen tales derechos”*⁹². Respecto a que no existan regulaciones similares en el derecho comparado, tampoco existen en la mayoría de los países de nuestro alrededor la figura de la acusación particular lo que no ha supuesto un impedimento para que en el ordenamiento español se puedan personar la víctima, la ciudadanía mediante la acusación popular e incluso las asociaciones de víctimas con la nueva regulación introducida por la LEVD⁹³.

Añadían que el derecho a participar el proceso *“no debe alcanzar a la fase de ejecución, y más especialmente al cumplimiento de las penas privativas de libertad”*⁹⁴ y que la intervención en esta fase *“nada añade a su estatus y puede comprometer seriamente el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena que está cumpliendo el reo, en su perjuicio y en el resto de la sociedad”*⁹⁵.

En tercer lugar, entendían que la figura del Ministerio Fiscal *“garantiza la salvaguarda de los intereses legítimos de la víctima”* y, por tanto, que no se les atribuya participación en esta fase no crea indefensión. Señala a este respecto DE HOYOS SANCHO que dado que la función jurisdiccional en España consiste en *“ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado”*⁹⁶, y las víctimas tienen derecho a la tutela judicial efectiva teniendo acceso *“a solicitarla, incluso al margen del Ministerio Fiscal -como acusación particular-, no debe excluirse de partida la posibilidad de que intervenga también en esta otra fase de la tutela judicial que es la ejecución de lo juzgado”*⁹⁷.

Por último hacían referencia a que *“dignificar a la víctima del delito es atenderla, escucharla, informarla y protegerla, no generarle cargas innecesarias o inmoderadas expectativas”*⁹⁸. Defienden la regulación de los deberes informativos *“combinada con su eventual participación en aquel con fines reparadores, mediando la asistencia de los servicios de justicia restaurativa previstos legalmente”*⁹⁹ pero no la intervención de las víctimas más allá de éstos. Ante esto estipula DE HOYOS SANCHO *“entender como regla general que los poderes públicos deben ayudar a la víctima de los hechos delictivos para “acompañarla y apoyarla”, pero sin contar con su posible intervención activa en la fase de cumpli-*

⁹² DE HOYOS SANCHO, M., *El Ejercicio de la Acción Penal por las Víctimas, Un Estudio Comparado*, Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 237-249.

⁹³ La LEVD ha introducido mediante la modificación del artículo 109 bis 3 de la LECrim un caso de legitimación extraordinaria a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas a las que la ley les conceda esa posibilidad siempre y cuando la víctima esté de acuerdo. Esto ha surgido como solución al reclamo de muchas de las víctimas personadas en “macroprocesos” que permitían su representación a asociaciones que actuaban por ellas pero en nombre propio y que hasta ahora no adquirían la categoría de “acusación particular”.

⁹⁴ Voto particular emitido al Anteproyecto de la LEVD.

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ Así lo recoge el artículo 117.3 de la Constitución Española.

⁹⁷ DE HOYOS SANCHO, M., *El Ejercicio de la Acción...*, cit., pp. 237-249.

⁹⁸ Voto particular emitido al Anteproyecto de la LEVD

⁹⁹ *Ibidem*.

*miento de la pena, incluso cuando expresamente desea hacerlo mostrando directamente y sin intermediarios si criterio, es una manifestación de un cierto paternalismo trasnochado*¹⁰⁰.

En definitiva, se entiende que los poderes de participación de la víctima en fase de ejecución recogidos en la LEVD son acertados y que además, es acertado permitir que las víctimas se impliquen y se sientan parte durante la ejecución de la condena.

Para analizar las posibilidades restaurativas que ofrece la ejecución se ha creído conveniente dividirla en las alternativas durante la fase de ejecución procesal o bien ya en fase penitenciaria, durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

8.1. Justicia restaurativa en la fase de ejecución procesal

En primer lugar, si tras la derivación a mediación en esta fase se llega a un acuerdo, el mismo puede dar lugar a la suspensión de la pena de prisión. Ha sido la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP la que ha introducido la modificación por la que el CP contempla esta posibilidad en su artículo 84.1.1º cuando establece que el juez podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a *“El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”*.

La suspensión podrá estar condicionada únicamente al cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación o bien, tal y como reza el artículo 80.3 del CP, podrán imponerse además las medidas del artículo 84.2º y 3º cuando sea una suspensión extraordinaria. En ésta última no se cumplen los requisitos de primariedad delictiva y de relevancia de las penas pero, siempre que se trate de reos no habituales¹⁰¹ y que las penas de prisión no superen dos años por delito aunque lo hagan en el total de las impuestas, podrá acordarse la suspensión de la pena cuando *“las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”*.

En segundo lugar, la mediación durante esta fase también puede favorecer la suspensión durante la tramitación del indulto como recoge el artículo 4.4 del CP. En virtud del artículo 25 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto *“El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo*

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Un reo se considera “no habitual” cuando no haya tenido mas de tres condenas de delitos del mismo capítulo en menos de 5 años.

posible [...] y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado [...] concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”.

Por último, el compromiso por parte del victimario de someterse a un tratamiento de desintoxicación en un acuerdo alcanzado en mediación también puede derivar en una suspensión de la pena por motivos terapéuticos recogida en el artículo 80.5 del CP¹⁰².

La mediación en esta fase comienza a tener un tímido apoyo por parte de las instituciones. Un ejemplo de ello es informe 8/2016 emitido por el Don Eduardo Porres Ortiz de Urbina, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid, respecto de Proyecto de Mediación Penal de la Audiencia Provincial de Madrid llevado a cabo entre el 30 de abril de 2015 y el 20 de abril de 2016, donde recomienda que *“para el futuro ha de valorarse introducir la mediación en “Ejecución de Sentencia” para todas las secciones de la Audiencia, dado que la mediación ya tiene reconocimiento legal en este tipo de asuntos”*¹⁰³.

8.2. Justicia restaurativa durante la fase penitenciaria

Esta fase comprende *“el internamiento del condenado en un establecimiento [...] por el tiempo que señale la sentencia, sin perjuicio de que pueda gozar de libertad en la última parte de su condena y de ciertos beneficios”*¹⁰⁴.

La participación de la víctima a través de métodos restaurativos en la fase de ejecución penitenciaria ofrece numerosas oportunidades que deberían ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos. Ya indicamos anteriormente beneficios generales a los mecanismos restaurativos en ejecución pero específicamente en la ejecución penitenciaria existen situaciones que indican que la mediación puede ser una herramienta muy útil. Por ejemplo, ante la concesión del tercer grado, de permisos de salida o simplemente ante la perspectiva de la libertad del victimario, un proceso de mediación puede ayudar a las víctimas a enfrentar esta nueva situación superando la ansiedad que ello puede acarrear sobre todo en aquellos casos donde existe la posibilidad de que vuelva a haber contacto entre ambos¹⁰⁵.

Se ha dividido esta sección en dos subsecciones: por una lado, se mencionará la aplicación de procesos restaurativos en los conflictos surgidos dentro de prisión, conocido como mediación penal. Por otro lado, se estudiarán los procesos restaurativos llevados a

¹⁰² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., PORRES GARCÍA, I., SÁNCHEZ RECIO, M., “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito” en *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015, pp. 125-150. Disponible en: <http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/26/16>, consultado el 22 de octubre de 2016.

¹⁰³ PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., *Informe del proyecto de mediación de la Audiencia Provincial de Madrid*, Madrid, 2016.

¹⁰⁴ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, cit., p.615.

¹⁰⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La introducción de la...”, cit.

cabo con presos respecto a los delitos por los que se encuentran condenados, exponiendo proyectos llevados a cabo en derecho comparado y la experiencia de los encuentros restaurativos acontecidos en el País Vasco con presos de la banda armada ETA.

8.2.1. *Mediación penitenciaria*

Se trata de uno de los modelos propuesto, entre otros, por JHONSTONE¹⁰⁶ que ya ha sido llevado a cabo en diferentes cárceles españolas. Consiste en el uso de la justicia restaurativa para resolver conflictos surgidos dentro de prisión. No implican a la víctima del delito por lo que simplemente se mencionará su evolución en el sistema español.

Durante su estancia en prisión, los reclusos se encuentran aislados del mundo exterior y sometidos a una autoridad estricta donde las relaciones están marcadas por una fuerte jerarquía, ya sea entre grupos o entre individuos. Los presos que cumplen penas de media y larga duración llevan durante largos periodos de tiempo rutinas donde su vida se encuentra totalmente planificada lo que “*produce fundamentalmente en los internos despersonalización [...] pierden su capacidad de decidir y de responsabilizarse de sus actos*”¹⁰⁷.

Mediante la introducción de la justicia restaurativa, y concretamente la mediación penal en los centros penitenciarios, se permite a personas de procedencia muy diversa, con vidas en muchos casos complicadas y un nivel cultural bastante bajo, que se han visto forzadas a convivir en un ambiente hostil, resolver los problemas por sí mismas, buscando soluciones consensuadas y evitando que se enquisten, facilitando la convivencia.

En España, la introducción de la mediación penitenciaria comenzó con un proyecto piloto en el Centro Penitenciario Madrid-III (Valdemoro), durante el mes de Marzo de 2005 por la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos*. Posteriormente, se fue extendiendo a otros centros penitenciarios españoles en Zaragoza con la *Asociación ¿hablamos?* o en Pamplona con la *Asociación Navarra de Mediación*, entre muchas otra¹⁰⁸. Finalmente en mayo de 2014, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias firmó un convenio con ASEMED para extender la presencia de los servicios de mediación penal a todos los centros penitenciarios españoles¹⁰⁹.

¹⁰⁶ JHONSTONE, J.G. *Restorative Justice in Prisons: Methods, Models and Effectiveness*, Council Of Europe, Estrasburgo, 2014. Disponible en: [http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/PCCP%20documents%202014/PC-CP%20\(2014\)%2017E_Report%20on%20Restorative%20Justice%20in%20Prisons%20by%20John%20Gerry%20Johnstone.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/PCCP%20documents%202014/PC-CP%20(2014)%2017E_Report%20on%20Restorative%20Justice%20in%20Prisons%20by%20John%20Gerry%20Johnstone.pdf), consultado el 20 de noviembre de 2016.

¹⁰⁷ ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., “La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario” en *Cuadernos Penales* José María Lindón, núm.9. *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, p. 237.

¹⁰⁸ LOZANO ESPINOSA, F., LOZANO PÉREZ, L., “Mediación penitenciaria: pasado, presente y ¿futuro?” en MARTINEZ ESCAMILLA, M.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P., *Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: un Renovado Impulso*, Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 273-307.

¹⁰⁹ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/porta/Reeducacion/ProgramasEspecificos/resolucionDialogadaConflictos.html#c1>

8.2.2. Mediación restaurativa

En el informe elaborado por el *International Center for Prison Studies* España aparece como el segundo país de Europa con más reclusos, concretamente 63.025 personas en prisión a 30 de noviembre de 2015, superado únicamente por Inglaterra, con 85.843 reclusos hasta la misma fecha. Además nos situamos como uno de los países de Europa con mayor ratio de personas en prisión por cada 100.000 habitantes, concretamente 136¹¹⁰.

Lo anterior es fruto de la tendencia a la tipificación como delito de un mayor número de conductas y al aumento de la gravedad de las penas. En palabras de RIOS MARTÍN “*El rigorismo punitivo –más delito, más penas y de mayor duración- pareciera convertirse en una suerte de extraño talismán capaz de dar respuesta a toda suerte de variados problemas como el machismo y las relaciones de dominación en la violencia de género, la desigualdad social y de oportunidades, la drogodependencia y la precariedad que laten detrás de parte de la criminalidad urbana, entre otros*”¹¹¹. A pesar del aumento excesivo del uso del derecho penal los índices de criminalidad no descienden, la ciudadanía no se siente más segura y “*la administración de justicia suele ser percibida como institución ineficaz debido a una “supuesta benevolencia” en la cantidad de pena que los Juzgados y Tribunales imponen en determinados delitos.*”¹¹²

Además, aunque el proceso penal finalice, el conflicto permanece en el tiempo¹¹³. En muchas ocasiones, las víctimas necesitan sentarse delante del infractor y hacerle preguntas, para poder cerrar esa etapa y seguir adelante con sus vidas, dado que durante el proceso no han podido ser escuchadas. Lo mismo ocurre por parte de algunos reclusos que, como ahora se expondrá, solicitan poder pedir perdón a sus víctimas o resarcirlas moralmente en la medida de lo posible.

En un estudio llevado a cabo desde el área de Derecho Penal y el Departamento de Sociología de la Universidad Pontificia de Comillas realizaron un experimento en diversos centros penitenciarios para que los presos expresasen cómo se sentían por que “*no son pocas las personas que cumpliendo condena se encuentran emocional y moralmente con el autoreproche. Sin embargo, el sistema penal y penitenciario no tiene cauces para la elaboración personal de esta emoción y no facilita la petición de perdón, ni por tanto, la reconciliación*”¹¹⁴. Una parte del estudio consistía en la realización de un cuestionario a 5.000 reclusos españoles, de los que finalmente se obtuvieron 1.700 respuestas. Con el cuestionario se pretendía que los mismos expresasen sus emociones de manera libre

¹¹⁰ WALMSLEY, R., *World Prison Population List* (11ª Ed.), Insitute for Criminal Policy Research (ICPR), Londres, 2014. Disponible en: http://www.icpr.org.uk/media/41356/world_prison_population_list_11th_edition.pdf, consultado el 5 de Octubre de 2016.

¹¹¹ RIOS MARTÍN, J., *Justicia Restaurativa y Mediación...*, cit.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

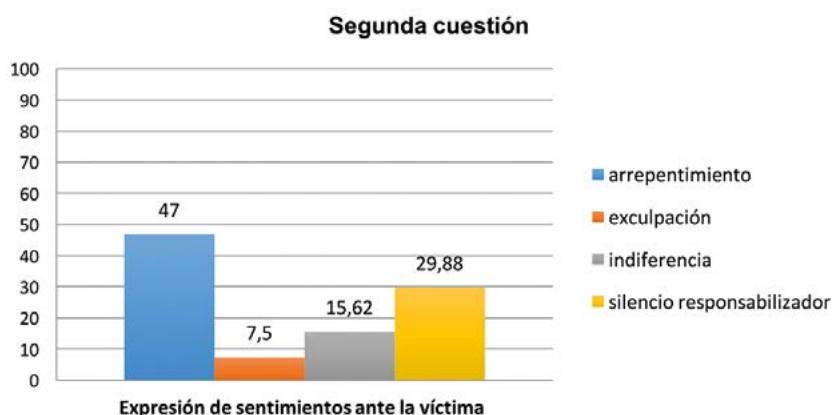
¹¹⁴ *Ibidem*.

y sin ningún incentivo; ni negativo porque se trataba de un cuestionario anónimo, ni positivo porque la participación en el proyecto no reportaba beneficio penitenciario de ningún tipo. Se les realizaron tres preguntas: la primera “*su sentimiento general respecto a la víctima*”, la segunda “*situados “ficticiamente” frente a las víctimas, ¿qué les dirían?*” y la tercera “*como les hubiese gustado que les reparasen de haber sido ellos las víctimas*”.

A la primera pregunta, respondieron 832 personas. Un 47,11% se mostró arrepentida “*en diferentes formas: empatía, arrepentimiento, culpabilidad, necesidad de pedir perdón, pena, vergüenza, auto reproche moral, dolor, respeto, expresan amor -se sobreentiende relación previa afectiva con la víctima en la mayoría*”, un 40,62% mostró exculpación, justificándose muchos de los reclusos en que se trataba de delitos sin víctimas, y un 12,26% indiferencia¹¹⁵.



Fuente: RIOS MARTÍN, J., *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*.



Fuente: RIOS MARTÍN, J., *Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Respecto de la segunda pregunta, los resultados difirieron. Con la víctima delante un 47% de los encuestados se manifestó arrepentido, pero los datos de exculpación disminuyeron de un 40,62% a un 15,5% y los de indiferencia de un 12,5% a un 7,5%.

Como conclusión a esta disminución de los sentimientos de indiferencia y exculpación señala RIOS MARTÍN que el encuentro permite a los victimarios arrepentidos expresar a las víctimas esos sentimientos de dolor, petición de perdón o bien dar las explicaciones pertinentes. Pere además señala que *“enfrentarse al rostro del lesionado supone una confrontación consigo mismos y les permite caer en la cuenta de la importancia del daño causado, porque ya no hay lugar para la exculpación. No se incrementa el arrepentimiento, pero desaparece la exculpación de la conducta. Aparece el silencio responsabilizador”*¹¹⁶.

Respecto a la última pregunta, es decir, como les gustaría ser reparados en caso de haber sido ellos la víctima, las respuestas también son esclarecedoras. Un 11,8% respondió con lo que se denominó *“línea dura”* englobando respuestas como con la cárcel, con venganza o con represión. Un 42,5% adoptó una posición restauradora con acciones como el diálogo para poder preguntar *“¿por qué?”*, la comprensión con preguntas como *“¿por qué me ha elegido a mí?”*, demostración de arrepentimiento, petición de perdón, pago pecuniario o promesa de no reincidencia. Un 33% no aportaron solución para reparar el daño, bien porque consideran que no existió víctima al tratarse de delitos contra la salud pública, bien porque no se veían capaces de empatizar con la víctima o porque consideran a la víctima responsable. Por último, un 12,7% adoptó posiciones terapéuticas, que incluyen respuestas como *“apoyo psicológico”* u otras que incluyen la búsqueda de causas o recuperar la confianza.

Este estudio prueba las posibilidades de la justicia restaurativa dentro de prisión y de cómo el conflicto no acaba con la sentencia. La comunidad puede participar y se le puede dar voz a las víctimas y a los victimarios dentro de esta institución para posibilitar una mejor reparación de las primeras y, por qué no, de los segundos. Si el fin es maximizar las ventajas que aporta la justicia restaurativa, ésta debe llevarse dentro de prisión buscando la manera de hallar un equilibrio entre el encarcelamiento y los métodos restaurativos.

Los métodos restaurativos en esta fase ya han sido puestos en práctica en diferentes partes del mundo. Los proyectos varían en cuanto a quién los impulsa, cuales son los objetivos, quiénes son los participantes y el papel de víctimas y de victimarios. Siguiendo con la clasificación llevada a cabo por JOHNSTONE se pueden destacar los siguientes¹¹⁷:

Cursos de sensibilización y de aceptación de la responsabilidad. Estos cursos facilitan que los victimarios comprendan el daño causado a las víctimas y les permite asumir mejor la responsabilidad de sus actos. Europa, Sudáfrica y Estados Unidos ya han puesto en marcha programas de este tipo. Algunos ejemplos son:

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ JOHNSTONE, J.G. *Restorative Justice in...*, cit.

- El programa “Supporting Offenders through Restoration Inside” (SORI), desarrollado en la prisión HMP Cardiff en el año 2005. Se trata de una serie de cursos voluntarios que incluyen a víctimas, victimarios y a miembros de la comunidad. El programa consta de cuatro fases, siendo en la última donde se producen los encuentros indirectos, es decir, de los victimarios con víctimas de crímenes similares¹¹⁸. En el año 2008 el programa SORI se extendió a 6 prisiones más en Inglaterra. En 2013 la Universidad de Birmingham llevó a cabo un estudio sobre éste método SORI¹¹⁹. Se realizaron tres tipos de cuestionarios antes y después la realización de un curso basado en el método SORI en el que participaron un total de 7 prisiones inglesas. Los resultados fueron muy alentadores y revelaron que se aumentaba los niveles de preocupación por las víctimas por parte de los reclusos y que éstos se encontraban más motivados para cambiar su comportamiento delictivo. Además, los victimarios se mostraban más receptivos a hacerse responsables de sus actos.
- Proyecto “Insight Development Group” desarrollado en Oregón, USA¹²⁰. Se trata de un programa creado por cuatro reclusos en 2009 con la supervisión del capellán de la Institución Correccional del Estado de Oregón, lo que hace de él un programa con una perspectiva más empática. Al igual que en el programa SORI, también se lleva a cabo por voluntarios, pero el fin principal es preparar a los reclusos para un hipotético encuentro con la víctima, ya que éste no siempre es posible y se necesita tiempo y una formación previa para que ocurra. Este programa se basa en los principios de dos teorías: la Teoría del Aprendizaje Transformativo desarrollada por Jack Mezirow y la Teoría Crítica de la Liberación Psicológica desarrollada en los años 70 en Iberoamérica. Ofrecen programas de 33 semanas que varían en función del número de voluntarios disponibles y tienen además un programa especial para el caso de los victimarios jóvenes.
- Sycamore Tree Programm¹²¹. Es el más exitoso según JHONSTONE¹²². Llevado a cabo por la ONG Prison Fellowship, el proyecto comenzó en 1996 en Estados Unidos, Inglaterra y Escocia, en 1997 en Nueva Zelanda y ya se ha extendido a 25 países. Se trata de un conjunto de 6 a 8 sesiones de una duración

¹¹⁸ LIEBMAN, M., “Restorative justice in Prisons- an international perspective”, Bristol, 2011. Disponible en: http://www.foresee.hu/uploads/media/MarianLiebmann_text.pdf, consultado el 14 de noviembre de 2016.

¹¹⁹ BEECH, A., CHAUHAN, J., “Evaluating the effectiveness of the Supporting Offenders through Restoration Inside (SORI). Programme delivers in seven prisons in England.” en *Legal and Criminological Psychology*, vol. 18, núm. 2, pp. 229-239.

¹²⁰ Toda la información sobre el proyecto puede encontrarse en el siguiente enlace <http://www.insightdevelopmentgroup.org/what-we-do.html>.

¹²¹ Toda la información sobre el proyecto puede encontrarse en el siguiente enlace <http://www.prisonfellowship.org.uk/what-we-do/sycamore-tree/>

¹²² JHONSTONE, J.G. *Restorative Justice...*, cit.

de entre 2 y 3 horas. Durante las mismas se busca satisfacer tanto a las víctimas como a los victimarios. Algunos de los objetivos con respecto a las víctimas incluyen ayudarlas a resolver dudas acerca del crimen cometido contra ellas, aumentar la información, que tengan la posibilidad de ver como los ofensores toman conciencia del daño causado y permitirles tener una sensación de cierre, perdón y paz¹²³. Con respecto a los ofensores, permite que puedan pedir perdón, responsabilizarse de sus actos, reconciliarse con las víctimas y permitirles reparar parte del daño de manera simbólica en las últimas sesiones del programa¹²⁴. Por lo general, parte de las sesiones consisten en un encuentro con víctimas no relacionadas, es decir, víctimas no directas de los ofensores participantes. En el video proporcionado por la asociación en su página web¹²⁵ una de las víctimas participantes declara lo importante que supone para ella el arrepentimiento de agresores que cometieron el mismo crimen del que su hija fue víctima. Alega que algunos ofensores le han transmitido en estas sesiones que “salva vidas” porque después de hablar con ella, nunca volverían a reincidir.

Como ejemplo ilustrativo de las posibilidades en España de estos cursos, se encuentra el relato por la victimóloga GERMÁN, víctima en un accidente de tráfico. Su participación en los Talleres de Seguridad Vial que se imparten como parte de los trabajos en beneficio de la comunidad le permitió comprobar como estos encuentros indirectos eran una experiencia positiva y reconfortante *“porque pude percibir su empatía, y porque pensaba que quizá, al conocer ellos mi vivencia, no volverían a repetir la conducta que les había llevado hasta allí”*¹²⁶.

Victim-offender mediation y conferencias en prisión. Ya se hizo referencia a éste método en epígrafes anteriores, pero también se puede llevar a cabo durante la fase de ejecución de la sentencia. Para algunos defensores de los procesos restaurativos, la mediación penal durante la fase de instrucción o enjuiciamiento sería recomendable para crímenes menores mientras que en fase de ejecución de sentencia sería de aplicación para crímenes más graves¹²⁷. Esto puede ocurrir porque tanto víctima como victimario necesiten un periodo de tiempo para asumir los acontecimientos ocurridos y por tanto este encuentro entre ellos debe llevarse a cabo cuando se está cumpliendo el castigo impuesto. Lo que está claro es que no por ello debe rechazarse el uso de ésta vía.

¹²³ *Ibidem*

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ El vídeo se encuentra disponible en el siguiente enlace <http://www.prisonfellowship.org.uk/what-we-do/sycamore-tree/>

¹²⁶ GERMÁN, I., “Victimización Vial y Justicia Restaurativa: Reflexiones desde la Propia Experiencia Vic-timal”, en Oñati Socio-Legal Series, vol.4, núm.3, 2014, pp. 573-592.

¹²⁷ JHONSTONE, J.G. *Restorative Justice in...*, cit.

Además, señala RIOS MARTÍN que la pena privativa de libertad “*es el pago público de un delito público que legalmente no exige arrepentimiento subjetivo sino cumplimiento objetivo de la condena. Por tanto, si además de cumplir la pena, los condenados se ponen a disposición de la víctima [...] hay un plus de reconocimiento moral hacia la víctima que no puede ser desperdiciado ni pública ni privadamente*”¹²⁸.

El uso de la mediación durante la fase de ejecución comenzó a llevarse a cabo en Canadá, USA y Suiza durante los años 80. En Europa, el “*Foresee Reserarch Group*” y el Insituto Nacional de Criminología llevaron cabo un proyecto denominado “*Mediation and Restorative Justice in Prison Settings*”. Este programa incluye experiencias llevadas a cabo por 7 organizaciones de 4 países europeos (Hungria, Reino Unido, Alemania y Bélgica) cuyo principal objetivo era abordar las oportunidades que la justicia restaurativa ofrecía en el ámbito penitenciario, con especial énfasis en los delitos graves¹²⁹.

En el estudio se constató que, en ocasiones y en este tipo de delitos, la mediación en la fase procesal no era apta dado que las partes no estaban preparadas para un encuentro. Sin embargo, no debía descartarse ésta vía en fases posteriores, dado que “*cuanto mayor es el efecto del crimen en las personas, mayor en la necesidad de la mediación*”¹³⁰.

Durante el estudio, se realizó un proyecto de mediación en la cárcel alemana de “*Oslebshausen*” situada en la ciudad de Bremen, para posteriormente evaluar los resultados. Para ello contaron con la colaboración de una asociación que llevaba realizando proyectos de mediación en la ciudad durante más de 20 años. Las mediaciones se realizaron en casos de delitos graves, por lo que se necesitó una intensa preparación. Finalmente 27 victimarios y 7 víctimas aceptaron participar en el proyecto, y se produjeron 4 encuentros directos y 3 indirectos a través de mediadores. Tras el análisis de los resultados, los investigadores concluyeron que, aunque algunas víctimas contactadas decidieron no participar en el proyecto, las que sí lo hicieron obtuvieron grandes beneficios, entre los que destacaron la posibilidad de expresar sus temores y necesidades directamente a quién les había causado el daño. Además, recomendaron que se barajaran todos los instrumentos restaurativos posibles (círculos, paneles...), la mediación indirecta y que los mediadores que participasen en la fase de ejecución de sentencia fueran altamente cualificados debido a las delicadas situaciones a las que debían enfrentarse¹³¹.

Encarcelamiento restaurativo: Se trata del cuarto y último modelo propuesto por JHONSTONE. En él se busca crear una prisión que conjugue los tres modelos

¹²⁸ RIOS MARTÍN, J.C., “El encuentro personal entre quienes asesinaron perteneciendo a ETA y quienes sufrieron el horror injustificado. Descripción, análisis y reflexiones” en PASCUAL RODRÍGUEZ H. *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. (2ª Ed.), Sal Terrae, Basauri, 2013, p.189.

¹²⁹ FORESEE RESARCH GROUP, *Responsibility-Taking Relationship-Building and Restoration in Prisons*, (Ed. Dr. Tunde Barabás, Borbalá Fallegi, Szandra Windt), Budapest, 2012, pp.205-259.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

anteriores, cuya base principal sea la justicia restaurativa¹³². Para ello propone además tres pilares fundamentales¹³³:

- Inducción y planificación de la sentencia: como mencionan RIOS MARTÍN o JHONSTONE entre otros, la prisión supone un castigo para el victimario que le permite “pagar” por el daño causado de manera pasiva. Una vez cumplido el tiempo en prisión, como se ha sufrido el tiempo estipulado de privación de libertad, se ha compensado el daño causado. La idea de una prisión restaurativa parte de la base de incentivar a los victimarios a responsabilizarse de manera activa, usando el tiempo en prisión para enmendar el daño y recapacitar sobre el perjuicio causado, lo que derivará en una menor probabilidad de reincidencia¹³⁴. Los métodos variarían en función de las necesidades de los victimarios y del crimen cometido pero uno de los ejes principales sería que los ofensores participaran en la creación de su “plan de sentencia”¹³⁵.
- Trabajo en prisión: en este caso JHONSTONE aboga por focalizar el trabajo realizado en prisión por los ofensores para aumentar las posibilidades de reinserción y de reparación a las víctimas. En España, ya se llevan a cabo éste tipo de iniciativas y así se recoge en la página web oficial del Ministerio del Interior. La EETPFE es la encargada de la reinserción laboral de los presos en España. Entre sus principales funciones se encuentran¹³⁶ el desarrollo y gestión del trabajo productivo¹³⁷, la formación de los recursos con la impartición de cursos, ciclos formativos de grado medio y becas para la formación en el exterior de la prisión y la orientación y asesoramiento para la búsqueda de empleo. Según las estadísticas publicadas por la EETPFE¹³⁸ en noviembre de 2016 había 12.133 presos trabajadores, de los que 1.111 eran mujeres y los 11.202 restantes eran hombres¹³⁹. Sin embargo, hay que destacar una deficiencia de nuestro sistema

¹³² Se trata de una visión compartida por otros autores como STERN para quién la idea de una prisión restaurativa se basa en cuatro pilares: fomentar las relaciones entre la prisión y la comunidad, proveer a los reclusos de la oportunidad de realizar trabajos en beneficios de los demás, aumentar la concienciación de los victimarios sobre el sufrimiento de las víctimas y desarrollar nuevas bases para resolver los conflictos dentro de prisión, es decir, los métodos que se han ido abordando a lo largo del proyecto.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR. Disponible en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/trabajoInsercion/organizacionActividadLaboral.html>, consultado el 12 de enero de 2017.

¹³⁷ Se consideran trabajo productivo aquellos talleres donde los internos realizan trabajos tanto dentro de prisión (como talleres textiles, mantenimiento, jardinería, cocina...) como en centros de colaboración con empresas externas.

¹³⁸ Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo

¹³⁹ Estadísticas publicadas en la página Web de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Disponible en: <http://www.oatpfe.es>

en este sentido. En palabras de TAMARIT “*el trabajo en beneficio de la comunidad es concebido en el Código penal como pena autónoma, no como algo que pueda aparecer combinado con la pena privativa de libertad*”¹⁴⁰ por lo que consideramos que debería barajarse la posibilidad de realizar este tipo de trabajos también como medida complementaria a la pena privativa de libertad.

- La prisión y la comunidad: por último se hace referencia a que “*se deben crear vínculos entre las prisiones y la comunidad en la que están localizados*”¹⁴¹. Se trata de una visión compartida por STERN¹⁴², para quien la prisión debe ser más permeable, creando una colaboración de doble dirección: por un lado permitiendo que la comunidad y diferentes organizaciones entren dentro de la prisión para incrementar el sentimiento de participación y pertenencia y por otro que los presos participen en actividades de ayuda a la comunidad. Un estudio llevado a cabo por el “*Center for Prison Studies*” denominado “*Restorative Prison Project*” propuso como conclusión que las relaciones entre los centros de internamiento penitenciario y la comunidad no fueran únicamente proyectos llevados a cabo por voluntarios sino que se estructuraran de manera formal, creándose vínculos permanentes¹⁴³. En definitiva, es necesario que la comunidad conozca la vida dentro de las instituciones penitenciarias dado que la percepción ciudadana se encuentra bastante alejada de realidad en los centros.

8.3. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA

Los estudios y proyectos expuestos muestran como la justicia restaurativa en fase de ejecución, tanto procesa como penitenciaria, aportan beneficios a todas las partes interesadas. Sin embargo, ¿se está preparado en España para llevar a cabo proyectos restaurativos de ésta índole?

Una de las experiencias más significativas de encuentros restaurativos, es la acontecida en el País Vasco entre víctimas de la banda terrorista ETA y personas condenadas por delitos de pertenencia a la banda armada. Fue un proyecto ideado por la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco, llevado a cabo durante los años 2011 y 2012 en la prisión de Nanclares de la Oca, en Vitoria.

Los 11 encuentros que se llevaron a cabo en la fase de ejecución penitencia. Los mismos fueron tanto directos, es decir, entre quienes habían sufrido la violencia terrorista y quiénes la habían causado, y “no directos”, es decir, entre víctimas de violencia

¹⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La introducción de la...”, cit.

¹⁴¹ JHONSTONE, J.G. *Restorative Justice in...*, cit.

¹⁴² STERN, V. *Prison and their communities: testing a new approach*, International Centre for Prison Studies, London, 2005.

¹⁴³ *Ibidem*.

terrorista y victimarios que habían sido condenados por este tipo de delitos¹⁴⁴. En palabras de RÍOS MARTÍN y PASCUAL RODRÍGUEZ, ambos partícipes en el proyecto como facilitadores, “*el objetivo final es que las personas, unas y otras, sean capaces de no quedarse lastradas por el pasado, sanen sus heridas y se abran al futuro como un tiempo en el que “lo mejor está por venir”*”¹⁴⁵.

Según los facilitadores, la justicia punitiva en estos casos no era suficiente; la justicia restaurativa era necesaria para satisfacer a las víctimas y para permitir que los terroristas alcanzasen un nivel de responsabilización superior al que cualquier pena podía proporcionar. Las experiencias previas de las víctimas con las que se habían llevado a cabo los proyectos piloto de mediación en delitos leves en diferentes fases del proceso¹⁴⁶ y la responsabilización por parte de los victimarios tras los mismos era un soporte claro para llevarlo a cabo en delitos más graves y en el ámbito penitenciario, ya que “*la práctica nos confirmó que el único límite a las posibilidades de los encuentros no era la gravedad del delito sino el interés y las necesidades de la víctima*”¹⁴⁷. Durante la fase procesal, el delito se había abordado desde de una perspectiva jurídica y política, y mediante estos encuentros se abordaba la perspectiva individual, “*aquella que vincula a la víctima y al asesino*”¹⁴⁸.

Tanto las víctimas como victimarios participantes necesitaron tiempo y una intensa preparación. En el caso de los victimarios, después de un largo periodo en prisión, con los conflictos que ello acarrea, las medidas de aislamiento y el sufrimiento, se llegó a una etapa de cuestionamiento de las propias actitudes. Por su parte, las víctimas, también necesitaron tiempo para poder enfrentar los encuentros. Éstos les permitieron satisfacer una necesidad que solo puede cubrir el propio victimario, la respuesta a ciertas preguntas sobre el crimen; y les permitió, a su vez, expresar el sufrimiento ante quién lo causó. Las víctimas “*Tienen derecho a la verdad material y no sólo a la procesal reflejada en una sentencia. La verdad libera, incluso cuando es dura. A los dos. Al agresor, que carga con su responsabilidad en ella, pero también a la víctima que rellena zonas de penumbra que la atormentaban en silencio*”¹⁴⁹.

Para que los encuentros se llevaran a cabo fueron necesarios dos pasos previos por parte de los victimarios: por un lado “*la devolución a la víctima de la cualidad humana*

¹⁴⁴ Sin embargo, en el caso del terrorismo, existe el sentimiento de pertenencia a un grupo, lo que deriva en que, además de la responsabilidad individual, hay una responsabilidad colectiva por el daño causado que se percibe así tanto por víctimas como por victimarios, por lo que los encuentros “no directos” son de alguna manera comparables a los “encuentros directos”. PASCUAL RODRÍGUEZ, H., *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. (2ª Ed.), Sal Terrae, Basauri, 2013, p.15.

¹⁴⁵ PASCUAL RODRÍGUEZ, H., RÍOS MARTÍN J.C., “Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo” en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm.3, 2014, pp. 427-442.

¹⁴⁶ Anteriormente se ha hecho referencia a diferentes juzgados donde se han llevado y se llevan a cabo exitosas experiencias piloto.

¹⁴⁷ PASCUAL RODRÍGUEZ, H., RÍOS MARTÍN J.C., “Reflexiones desde...”, cit.

¹⁴⁸ RÍOS MARTÍN, J.C., “El encuentro personal entre...cit.,p.196.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

que un día le fue negada cuando se la cosificó¹⁵⁰ dado que en las entrevistas previas, muchos de los infractores declararon que solo fueron capaces de cometer los crímenes porque veían a las personas como meros objetivos. El segundo paso fue el abandono, tanto a nivel interno como a nivel público, de la banda terrorista.

El proyecto constó de varias fases. En primer lugar, una preparación previa tanto con las víctimas como con los reclusos. Se realizó una reunión conjunta con todos los ex-terroristas que cumplían las condiciones para llevar a cabo los encuentros, en el Centro Penitenciario de Nanclares de la OCA y una reunión posterior con aquellos que se encontraban cumpliendo el tercer grado. La finalidad de estas primeras reuniones era informar y generar confianza¹⁵¹. La reunión general con las víctimas, organizada por la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno vasco, tuvo como finalidad proponerle a las víctimas la posibilidad de los encuentros, explicarles las condiciones para participar, como se iba a llevar a cabo el proceso y cuál era el papel que iban a desempeñar los facilitadores¹⁵².

Tras las reuniones conjuntas, se produjeron las entrevistas individuales. Durante las reuniones con cada uno de los victimarios, se habló de los asesinatos que habían cometido, como les habían hecho sentir, sus motivaciones, como se sentían con respecto a ello en la actualidad, como creían que afectó a las víctimas, a la sociedad y a sus propias familias. También se abordaron temas como el odio, el perdón o la reconciliación¹⁵³. En cuanto a la motivación que les impulsó a participar, los victimarios expusieron que era ayudar en la medida de lo posible a las víctimas pidiéndoles perdón y reconociendo todo el dolor causado, además de servir de ejemplo para otros y construir una sociedad Vasca mejor¹⁵⁴. Señala PASCUAL DOMÍNGUEZ que existen una serie de pautas que los mediadores tuvieron muy en cuenta durante estas entrevistas, entre las que destaca explicarles quién era el facilitador y de quién partió la iniciativa de los encuentros, recalcar que no se les concedería ningún beneficio penitenciario por participar en los encuentros, que en el futuro encuentro ellos tendrían el rol de asesinos y las víctimas el que les correspondía como tales y señalar la no pertenencia del mediador a ningún partido político¹⁵⁵. Además, durante la entrevista se les preparó para afrontar lo que las víctimas podrían preguntarles y se les motivó a escribirles una carta para ayudarles a abordar posibles dificultades a las que se enfrentarían cuando llegase el momento del encuentro.

¹⁵⁰ PASCUAL RODRÍGUEZ, H., RÍOS MARTÍN J.C., “Reflexiones desde...”, cit.

¹⁵¹ PASCUAL RODRÍGUEZ, H., “La preparación del encuentro entre las personas que han sufrido la violencia de ETA y quienes la causaron” en PASCUAL RODRÍGUEZ H. *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. (2ª Ed.), Sal Terrae, Basauri, 2013. p.124.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*, p.133.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.124. Si se quiere profundizar en el tema, es de recomendada lectura el capítulo referente a la preparación de los encuentros restaurativos que se encuentra en la obra “Los ojos del otro”

En el caso de las entrevistas individuales con las víctimas se abordó el momento del atentado y el dolor que les causó. En su caso, lo que les motivó para acceder a los encuentros fue crear una sociedad más pacífica para sus hijos y nietos y encontrar respuestas a preguntas que solo ex miembros de la banda podían contestar¹⁵⁶. Resulta llamativo que en el caso de las víctimas se necesitaran una o dos sesiones para llegar al encuentro con el asesino frente a las mínimo cuatro que hicieron falta con los victimarios. En definitiva, el objetivo de las entrevistas fue neutralizar el riesgo de descontrol emocional mediante la “*determinación de necesidades, la identificación de miedos y la evaluación de riesgos*”¹⁵⁷

Una vez superada la fase de las entrevistas previas se produjeron los once encuentros. Todos los encuentros que se realizaron fueron presenciales, excepto uno de ellos que, por motivos ajenos a ambas partes, se realizó mediante cartas.

Días antes del encuentro, los facilitadores mantuvieron contacto telefónico con las víctimas y, en la medida de lo posible, debido a las restricciones de su estancia en prisión, con los victimarios. Los 10 encuentros “cara a cara” se realizaron en la cárcel. Las víctimas, junto con el mediador eran acompañadas por personal del centro penitenciario a la sala donde se realizaba el encuentro, tomaban asiento y a continuación el victimario era conducido a la misma.

Según relata RIOS MARTÍN, en la mayoría de los casos los participantes se dieron la mano. El facilitador hacía una introducción de ambos y a continuación empezaba el diálogo. Normalmente iniciaba la conversación el victimario, explicando cómo durante un tiempo pensaron que sus crímenes estaban justificados por una causa política, como entraron en la banda y como su estancia en la cárcel les había hecho reflexionar y tomar el difícil paso de abandonar la organización para acabar pidiendo perdón a la víctima. A continuación intervenían las víctimas, narrando el profundo dolor que sintieron con el asesinato y como una parte de la sociedad les insultaba, gritaban en defensa de los asesinos o ni si quiera les dieron el pésame. Ante éstos relatos, los victimarios escuchaban atentamente el discurso de las víctimas de manera respetuosa, “*el hecho de sentirse escuchado y comprendido en la humillación sufrida y la expectativa rota desahna ese vínculo fatal entre quien provocó el sufrimiento y quien lo padeció*”¹⁵⁸, de manera que al terminar “*la víctima ha perdido su miedo inicial a expresarse; ha recuperado su poder, se ha fortalecido*”¹⁵⁹.

Entre las cuestiones que más realizaron las víctimas se encontraban las relacionadas con detalles del crimen que no se encontraban en la sentencia¹⁶⁰. A medida que

¹⁵⁶ *Ibidem*

¹⁵⁷ *Ibidem*

¹⁵⁸ RIOS MARTÍN, J.C., “El encuentro personal entre...cit., p.206.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Como ejemplo ilustrativo, relata RIOS MARTÍN el caso de una víctima que le preguntó al asesino “*¿Le matasteis ese día porque iba sin mi compañía?*”. En definitiva, preguntas que no se tratan en un juicio, porque no son procesalmente relevantes, pero que sí que lo son para las víctimas, que necesitan conocer la verdad para poder cerrar heridas.

las conversaciones iban fluyendo, relata el facilitador, “*la víctima se va liberando de su rol, al menos de su enquistamiento en el mismo como un rasgo identitario que la absorbía*”

¹⁶¹ Se comienza a reconocer la humanidad de los victimarios, realizando preguntas ya formuladas pero desde un nuevo punto de vista “¿Qué te hizo entrar en ETA?” “¿Por qué lo dejaste?” “¿Cómo es la vida en la cárcel?” “¿Qué piensa tu familia?” siendo la pregunta final en muchos de los casos “¿Qué te gustaría hacer cuando salgas?”. En muchos de los casos, en la recta final de los encuentros los victimarios preguntaban acerca de la vida de las víctimas y sus familiares y se ofrecían a ayudar en todo lo que fuese posible y estuviese a su alcance. Finalmente los encuentros terminaban con el mediador dando las gracias a ambas partes por su valentía y honestidad. Como ilustración a la terminación de los encuentros señala RIOS MARTÍN “*en casi todos la víctima ofrece su mano o su abrazo y, en ocasiones, un beso. Impresionante*”¹⁶².

Tal y como recogen los facilitadores “*el resultado final de la experiencia se concreta en una sensación interna de calma*”¹⁶³. En definitiva, esta experiencia prueba las oportunidades que la ejecución penitenciaria ofrece a los proyectos restaurativos. En España se dispone de profesionales capaces de abordar encuentros en delitos tan graves como el terrorismo por lo que, como juicio personal, los límites en este sentido están donde se quieran marcar.

CONCLUSIONES

El punto de partida del estudio era el descontento de la ciudadanía con el sistema de justicia actual y el reclamo de un aumento del papel de la víctima en el proceso. A lo largo del mismo se ha expuesto como la justicia restaurativa posee muchas de las claves para solucionar ambas cuestiones. Los diferentes estudios, legislaciones, experiencias y proyectos llevados a cabo, tanto a nivel nacional como internacional, que se han recogido a lo largo de este trabajo muestran una visión de los retos y oportunidades que presentan los métodos restaurativos en España.

Se han expuesto los cauces existentes para integrar los acuerdos de reparación alcanzados a lo largo del proceso y como las nuevas regulaciones, entre las que destaca la LEVD, fomentan el desarrollo de la justicia restaurativa. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer, y el apoyo de las instituciones es esencial para potenciar un método que beneficia tanto a víctimas como a victimarios, así como a la eficiencia del proceso penal. Tal y como propone SOLETO MUÑOZ debe considerarse la inclusión de un derecho análogo a la tutela judicial efectiva, que recoja que los ciudadanos

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem*

¹⁶³ *Ibidem*

tienen derecho a participar en programas de justicia restaurativa siempre que se den las condiciones para ello¹⁶⁴. Además, también es necesario que se provean medios suficientes para la efectiva aplicación de éstas regulaciones. Así lo recoge, por ejemplo, el Ministerio Fiscal en la memoria del 2016 respecto de las OAV a las que el Reglamento que desarrolla la LEVD les asigna, entre otras competencias, la de informar y asesorar a las víctimas en temas referentes a justicia restaurativa. Advierten que las oficinas son “*escasamente existentes y casi siempre infradotadas*”¹⁶⁵ para el número de competencias que se les otorgan.

En segundo lugar, a pesar de que desde Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la UE se ha desarrollado numerosa normativa referente a reparación de las víctimas y a la justicia restaurativa, en España han sido muy recientes la promulgación de la LEVD y la pequeña modificación del CP, que dista mucho del ambicioso Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Hasta ahora, esta falta de regulación legal en la mediación penal de adultos había supuesto que la misma se realizara mediante protocolos que carecen de validez legal y, por tanto, no obligan a los operadores jurídicos a proponerla, lo que conlleva que la derivación dependa en gran parte de la predisposición del juez y el fiscal¹⁶⁶. Sin caer en lo que SOLETO MUÑOZ denomina “superregulación”¹⁶⁷, permitiendo que tal y como es esencial en los procesos restaurativos, éstos se ajusten a las circunstancias de cada caso concreto, donde la misma no siempre se puede aplicar, es óbice que se acabe con la discrecionalidad personal de jueces y fiscales no partidarios de la mediación a la hora de derivar los casos, aumentando la formación para que se pueda observar por su parte los beneficios que este tipo de justicia reporta tanto a las víctimas, como a los victimarios y la sociedad. De esta manera, se evitaría lo que en palabras VARONA ha supuesto la falta de regulación hasta ahora: marginalización, desigualdad y falta de control democrático.¹⁶⁸

Además, se ha hecho especial mención a la necesidad de potenciar y aprovechar las oportunidades que ofrecen los métodos restaurativos en la fase de ejecución. La justicia restaurativa en delitos graves no debe descartarse por la imposibilidad de llevarse a cabo durante el proceso penal. Los estudios expuestos, entre los que destacan el llevado a cabo por RIOS MARTÍN o el proyecto “*Mediation and Restorative Justice in Prison Settings*” y el elevado número de presos internos en las cárceles españolas evidencian las

¹⁶⁴ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento...”, cit., pp. 41-67.

¹⁶⁵ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., *Memoria elevada al Gobierno de S.M presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado*, (Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia), Madrid, 2016, p. 618. Disponible en <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/Inicio.html>, consultado 12 de enero de 2017.

¹⁶⁶ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La Mediación Penal...”, cit.

¹⁶⁷ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento...”, cit., p. 57.

¹⁶⁸ VARONA, G., “*Who Sets the Limits in Restorative Justice and Why? Comparative Implications Learnt from Restorative Encounters with Terrorism Victims in the Basque Country*” en *Onati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm.3, 2014, pp. 550-572.

oportunidades de que se lleven a cabo en España programas como “*Sycamore Tree*” o SORI, donde aquellos victimarios y aquellas víctimas dispuestos a someterse a procesos restaurativos en fase de ejecución encuentren vías para hacerlo.

España cuenta con un cuerpo de mediadores altamente cualificados, que han puesto en práctica programas piloto de mediación a pesar de la inexistencia de sustento legal y que han abordado con éxito, entre muchas otras iniciativas, el difícil reto que supusieron los encuentros entre víctimas y victimarios de delitos tan graves como los llevados a cabo por ETA. Resulta llamativo que estos exitosos proyectos en fase de ejecución hayan abordado delitos tan graves y mediáticos y no se hayan implantado para abordar las necesidades de víctimas de otros tipos delictivos. Por ello, se propone la creación de un programa de justicia restaurativa en fase de ejecución penitenciaria aprovechando el impulso que la LEVD ha dado a la justicia restaurativa y la experiencia de los mediadores que han desarrollado tanto éstos encuentros como las mediaciones en los diferentes órganos judiciales de toda España.

Se han abordado también las posibilidades que ofrece una prisión con un enfoque restaurativo. Se propone la aplicación en España de medidas abaladas, entre otros, por JHONSTONE o STERN. Entre ellas destacan la necesidad de acercar a la población a la realidad penitenciaria, más allá de los casos mediáticos así como el uso de los trabajos en beneficio de la comunidad como complemento, y no solo como alternativa, a la pena privativa de libertad. También abordar otras medidas como permitir a los victimarios participar en la creación de su plan de sentencia e incrementar la presencia de métodos de solución pacífica de conflictos en prisión a través de la mediación penitenciaria.

Por último, se hace patente la necesidad de aumentar el nivel de conocimiento de las técnicas restaurativas tanto a nivel académico como, en general, en la sociedad. En el primer caso se propone la inclusión de más materias relacionadas con la justicia restaurativa en las carreras de Ciencias Sociales y Jurídicas, ya que como ejemplo, en el doble grado de Derecho y ADE impartido en la Universidad no existe ninguna asignatura en la que se imparta formación sobre mediación. En el caso de la sociedad, la implantación de éstos métodos en España es relativamente reciente por lo que gran parte de la población desconoce su uso, más si cabe en el proceso penal. Por ello, se debe potenciar la visibilidad de los métodos restaurativos mediante campañas y concienciación dado que las bases y principios de la justicia restaurativa engloban a la comunidad en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (9ªEd), Marcial Pons, Madrid, 2016

- BEECH, A., CHAUHAN, J., "Evaluating the effectiveness of the Supporting Offenders through Restoration Inside (SORI). Programme delivers in seven prisons in England." en *Legal and Criminological Psychology*, vol.18, núm.2, pp. 229-239.
- BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*. (3ª Ed.), Wolters Kluwer España, S.A. Madrid, 2015.
- BARONA VILAR, S., "Mediación Penal: Un instrumento para la tutela penal", en *Revista del poder Judicial*, núm.94, 2012.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario* (4ª Ed.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016
- DE HOYOS SANCHO, M., *El Ejercicio de la Acción Penal por las Víctimas, Un Estudio Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- ESPINOSA ZAFRA, R., "La mediación Penal: una alternativa a la resocialización" en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- FLORES PRADA, I., "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal" en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015, pp. 1-45. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5258493>, consultado el 12 de octubre de 2016.
- FORESEE RESEARCH GROUP, *Responsibility-Taking Relationship-Building and Restoration in Prisons*, (Ed. Dr. Tunde Barabás, Borbalá Fallegi, Szandra Windt), Budapest, 2012.
- GAVRIELIDES, T., *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2007.
- GERMÁN, I., "Victimización Vial y Justicia Restaurativa: Reflexiones desde la Propia Experiencia Victimal", en *Oñati Socio-Legal Series*, vol.4, núm.3, 2014, pp. 573-592
- GIESEN, I., KRISTEN, F.G.H., "Liability, Responsibility and Accountability: Crossign Broders", *Utrecht Law Review*, vol.10, núm.3, pp. 1-13.
- GRANE CHAVEZ, A., *Guía para el análisis estadístico del proyecto víctima*, Departamento de Estadística Uc3m, Madrid, 2016.
- JHONSTONE, J.G. *Restorative Justice in Prisons: Methods, Models and Effectiveness*, Council Of Europe, Estrasburgo, 2014. Disponible en: [http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/PCCP%20documents%202014/PC-CP%20\(2014\)%2017E_Report%20on%20Restorative%20Justice%20in%20Prisons%20by%20John%20Gerry%20Johnstone.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/PCCP%20documents%202014/PC-CP%20(2014)%2017E_Report%20on%20Restorative%20Justice%20in%20Prisons%20by%20John%20Gerry%20Johnstone.pdf), consultado el 20 de noviembre de 2016.
- LIEBMAN, M., "Restorative justice in Prisons- an international perspective", Bristol, 2011. Disponible en: http://www.foresee.hu/uploads/media/MarianLiebmann_text.pdf, consultado el 14 de noviembre de 2016

- LOZANO ESPINOSA, F., LOZANO PÉREZ, L., “Mediación penitenciaria: pasado, presente y ¿futuro?” en MARTINEZ ESCAMILLA, M.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P., *Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: un Renovado Impulso*, Editorial Reus, Madrid, 2011.
- KLIP, A., *Europeana Criminal Law: An Integrative Approach* (2ºEd.), Interesentia, Cambridge, 2012.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., *Memoria elevada al Gobierno de S.M presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado*, (Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia), Fiscalía General del Estado, Madrid, 2016. Disponible en <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/Inicio.html>, consultado 12 de enero de 2017.
- MARTINEZ SOTO, T., “La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal”, en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- “Justicia Restaurativa y Terrorismo: perspectivas procesales para la reparación de las víctimas”, dirigida por SOLETO MUÑOZ, H.; ARNAIZ SERRANO, A.; Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Madrid, 2016
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. (7ª Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NEWBOLD, P., CARLSON, W.L., y THORNE, B.M., *Estadística para administración y economía* (8ª Ed.), Pearson Educación, Madrid, 2013.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., “La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario” en *Cuadernos Penales José María Lindón*, núm.9. *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, H., RÍOS MARTÍN J.C., “Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo” en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm.3, 2014, pp. 427-442.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, H., “La preparación del encuentro entre las personas que han sufrido la violencia de ETA y quienes la causaron” en PASCUAL RODRÍGUEZ H. *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. (2ª Ed.), Sal Terrae, Basauri, 2013.
- PERULERO GARCÍA, D., “Hacia un Modelo de Justicia Restaurativa: La Mediación Penal”, en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012.

- PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., *Informe del proyecto de mediación de la Audiencia Provincial de Madrid*, Madrid, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*. (5ª Ed.), Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- RIOS MARTÍN, J.C., “El encuentro personal entre quienes asesinaron perteneciendo a ETA y quienes sufrieron el horror injustificado. Descripción, análisis y reflexiones” en PASCUAL RODRÍGUEZ H. *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. (2ª Ed.), Sal Terrae, Basauri, 2013.
- Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-penal/>, consultado el 1 de octubre de 2016.
- SÁEZ VALCÁRCEL, J.R., “La Mediación Reparadora en el Proceso Penal. Reflexión a partir de una experiencia”, en *Revista Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, en GARCÍANDÍA GÓNZALEZ, P.M.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., PORRES GARCÍA, I., SÁNCHEZ RECIO, M., “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito” en *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015, pp. 125-150. Disponible en: <http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/26/16>, consultado el 22 de octubre de 2016.
- SUBIJANA, I.J., LEDESMA, M., FREIRE PÉREZ, R.M., ALADRO, J.C. “Protocolo de mediación Penal”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, CGPJ, Madrid, 2016.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La Mediación Penal Intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la Luz de los Datos Ofrecidos por la Primera Memoria Elaborada tras la Aprobación, en junio de 2011, de la Última Versión del Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial”, en *Oñati Socio-Legal Series*, núm.4, 2014.
- STERN, V. *Prision and their communities: testing a new approach*, International Centre for Prison Studies, Londres, 2005.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “La introducción de la Justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?” en *Revista General de Derecho Penal*, núm.1, 2004.
- VARONA, G., “Who Sets the Limits in Restorative Justice and Why? Comparative Implications Learnt from Restorative Encounters with Terrorism Victims in the Basque Country” en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm.3, 2014, pp. 550-572.

- WALMSLEY, R., World Prison Population List (11ª Ed.), Insitute for Criminal Policy Research (ICPR), Londres, 2014. Disponible en: http://www.icpr.org.uk/media/41356/world_prison_population_list_11th_edition.pdf, consultado el 5 de octubre de 2016.
- ZEHR, H., GOHAR, A., *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Pennsylvania, 2002.

Documentos institucionales

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Boletín Informativo de Estadística, núm. 38, 2014.
- CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del delito, 2014
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Voto Particular al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del delito, 2014.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, “Instituciones penitenciarias”, en *Anuario estadístico del Ministerio del Interior* (Ed. Ministerio del Interior), Bilbao, 2016. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario-Estadistico-2015.pdf/03be89e1-dd38-47a2-9ce8-ccdd74659741>, consultado el 16 de noviembre de 2016.
- UNODC, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, ONU, 2006. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, consultado el 28 de noviembre de 2016.

Webgrafía

- INSIGHT DEVELOPMENT GROUP. Disponible en <http://www.insightdevelopmentgroup.org/what-we-do.html>, consultado 15 de octubre de 2016
- MINISTERIO DEL INTERIOR. Disponible en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/trabajoInsercion/organizacionActividadLaboral.html>, consultado el 12 de enero de 2017.
- PRISON FELLOWSHIP. Disponible en <http://www.prisonfellowship.org.uk/what-we-do/sycamore-tree/>, consultado el 12 de octubre de 2016.
- SUBIJANA, I.J., “La mediación como técnica de justicia restaurativa”, en *Blog Hay Derecho*, 2015. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/06/01/la-mediacion-como-tecnica-de-justicia-restaurativa-a-proposito-de-la-proxima-entrada-en-vigor-de-la-ley-organica-del-estatuto-de-la-victima-del-delito/>, consultado el 12 de noviembre de 2016.

Capítulo XIX

EL ACUERDO DE REPARACIÓN EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Ainhoa Berrocal Cañadas

1. EL ACUERDO DE REPARACIÓN O RESTAURATIVO

Se entiende por acuerdo restaurativo a aquel que haya sido alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. El acuerdo puede incluir remisiones a programas como el de la reparación, el de la restitución y el de los servicios comunitarios, “encaminados a atender las necesidades y las responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”¹.

1.1 Naturaleza jurídica

Existen diversas posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de los acuerdos reparadores logrados a raíz de un procedimiento de Justicia Restaurativa. Ha habido muchas discusiones acerca del tema y, en este sentido, aparecen las siguientes posturas:²

1.1.1. El acuerdo de reparación como sanción penal autónoma

Se concibe el acuerdo como una tercera clase de pena, junto con la privativa de libertad y la multa³. La mayoría de la doctrina ha lanzado numerosas críticas al concepto de reparación como sanción penal: por un lado, se defiende que la reparación no debe incorporarse a los fines de la pena, sino únicamente como una disminución de las necesidades preventivas de pena a partir de una ponderación de los diversos

¹ UNODC, Handbook of Restorative Justice, ONU, 2006, p.7.

² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.C. “La Justicia Restaurativa y un modelo integrador de justicia penal”. ob. cit., p. 1250-1253

³ Según SESSAR la reparación constituye una modalidad de sanción diferenciable de las tradicionales en PÉREZ SANZBERRO, G en *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, pp. 211-250.

finés de naturaleza pública, con el fin de atender a otro objetivo de la política social, realizable en el seno del proceso penal, cual es la reparación de la víctima del delito.⁴ Por otro lado, se mantiene que el proceso de mediación penal (como técnica restaurativa) no puede tener cabida en nuestra legislación como pena o sanción autónoma primero porque eso vulneraría la esencia misma del proceso y segunda porque en ningún caso cumple con los fines de prevención especial que deben fundamentar ese tipo de actuaciones⁵

En definitiva, la mayoría de la doctrina critica esta postura al entender que solo sería posible considerar los acuerdos de reparación como consecuencia jurídica con independencia de la pena si se entiende que la reparación cumple con los fines de la pena. Dicha cuestión finalmente queda zanjada al considerar que la reparación no satisface la función de ejemplaridad ya que no cumple con los fines de prevención general y, por tanto, no puede constituirse como una respuesta autónoma del delito. Añaden además que el considerar la reparación como sanción penal supondría la privación de la voluntariedad, rasgo esencial de la Justicia Restaurativa.

1.1.2. La reparación como tercera vía

La concepción de la reparación como tercera vía fue defendida por ROXIN⁶ al entender que, en este caso, la reparación sí logra cumplir con los fines del derecho penal: de prevención general, de prevención general positiva- con la recomposición de la paz jurídica- y de prevención especial – por la asunción de las consecuencias penales y de las normas que hace el ofensor al enfrentarse a los daños ocasionados a la víctima⁷-. Este concepto de reparación, entendido como tercera vía frente al injusto penal, junto a la pena y la medida de seguridad, podría suponer la retirada de la pena como respuesta penal frente a la comisión del delito o, en su caso, una reducción significativa de la misma. La reparación reemplazaría a la pena o la aminoraría cuando fuera suficiente para resolver el conflicto entre el autor y la generalidad⁸. Por lo tanto, la asunción voluntaria de la reparación podría implicar la no imposición de la pena, el archivo del procedimiento iniciado, la atenuación de la pena a imponer, incluso también la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad.

⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M: *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*. Barcelona, 1994, p. 171 y ss

⁵ GORDILLO SANTANA L.F: *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid, 2007, pp. 355 y 356

⁶ En Proyecto Alternativo de reforma publicado en 1992 este autor defiende la naturaleza de la reparación como tercera vía, partiendo de las tesis de Rössner, Wulf o Seelman. ROXIN, C. “Fines de la pena y reparación del daño”, en ESER, HIRSCH, ROXIN, en *De los delitos y las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires. 1992 p. 135

⁷ PEREZ SANZBERRO, G,” Reparación y conciliación en el sistema penal.....”, ob. cit., pp. 256

⁸ El fundamento de la reparación puede encontrarse en TAMARIT SUMALLA, J., “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal”, en *La Justicia Restaurativa: desarrollo.....*, ob. cit., p. 65

En este sentido, la reparación podría entenderse como una “excusa absolutoria” que hace que puede aplicarse antes, durante o incluso después del proceso⁹.

1.1.3. Acuerdos de reparación como vía de pacificación social

Los procesos de Justicia Restaurativa tienen como último fin el restablecimiento de la paz social; fin que una vez conseguido implica, para los defensores de la Justicia Restaurativa, el no necesitar la imposición de una pena desde la perspectiva de la prevención general y especial. De este modo, una parte de la doctrina, se plantea la despenalización de la conducta cuando la pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad haya logrado ser completa. Partiendo de la base de que en nuestro sistema de justicia penal la pacificación se considera un fin general, no es de extrañar que el derecho penal de nuestro país atribuya consecuencias jurídicas a los acuerdos de reparación logrados a raíz de procesos restaurativos que hayan resuelto el conflicto social. Es por ello que dichos acuerdos pueden derivar en la no necesidad de pena o en su aplicación atenuada. En definitiva, una mayor incidencia en estos fines puede suponer que la aplicación de procesos restaurativos como forma de resolución de conductas delictivas aumente en tanto en cuanto sean capaces de cumplir con los fines de derecho penal, convirtiéndose así en una propuesta alternativa a la pena tradicional de privación de libertad.

En mi opinión y, como veremos más adelante, es tan variado el contenido que pueden llegar a tener los acuerdos restaurativos que sería una simpleza establecer una única naturaleza jurídica para ellos. Más bien dependerá de cada caso en concreto: en algunas ocasiones podrá ser una simple declaración de intenciones mientras que en otras el acuerdo podría llegar a cumplir con el fin jurídico que se persigue.

1.2. Forma

Uno de los fines que guían los procesos restaurativos es el llegar a un acuerdo capaz de beneficiar a las partes enfrentadas por la comisión de delito. En este sentido, una vez que las partes, tras su participación libre y voluntaria en el proceso restaurativo, alcanzan dicho acuerdo éste debe plasmarse en un acta de reparación. Ésta recoge lo que se conoce como “Plan de reparación” donde queda detallado todo aquello que se llevará a cabo para solucionar el conflicto. Además, contempla también ciertos detalles del desarrollo del proceso de mediación: el número de sesiones así como otras cuestiones fundamentales¹⁰.

⁹ ESQUINAS VALVERDE P. “La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?” en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, núm. 18, 2006, p.61

¹⁰ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, en *Consejo General del Poder Judicial*, ISSN 1139-2819, Madrid, p. 98 y ss.

Dicho documento deberá aparecer firmado tanto por la víctima como por el agresor y, en el caso que se haya optado por la mediación penal como método restaurativo, también por el mediador que haya guiado el proceso. Además, como explicare más adelante, si el acuerdo restaurativo se alcanza una vez que se ha iniciado el proceso penal, deberá aparecer firmado también por los representantes legales de cada parte y se deberá entregar copia tanto al Ministerio Fiscal como al Juzgado que corresponda.

Desde una perspectiva jurídica la redacción del acta de reparación es una cuestión esencial ya que en ella se debe ofrecer cierta información pero respetando por un lado, el principio de confidencialidad y, por otro, el derecho constitucional de presunción de inocencia¹¹. En primer lugar, en relación al principio de confidencialidad, hay que mencionar que el art.12¹² de la directiva 2012/29/UE señala que los debates que se produzcan en el seno de los procesos restaurativos se encuentran protegidos por la confidencialidad¹³ -salvo excepciones de interés público general recogidos normativamente- no extendiéndose dicha confidencialidad a los acuerdos alcanzados por las partes. Por otro lado, la misma directiva establece que el acuerdo se encontrará vinculado a otros procesos, cosa que no debe ser entendida como un efecto ex lege de cosa juzgada, sino que de nuevo vuelve a corroborar la no confidencialidad de su existencia y contenido para otros posibles procesos¹⁴.

En segundo lugar, ha habido mucha controversia sobre si el reconocimiento de los hechos, como presupuesto para participar en un proceso restaurativo respeta el principio de inocencia¹⁵. Por tanto, precisamente del principio de inocencia se deriva la exigencia de que en el acta de reparación no se recoja el reconocimiento total o parcial de los hechos por parte del acusado sino únicamente el contenido de la reparación, salvo que la persona acusada disponga expresamente lo contrario¹⁶ informándole, en

¹¹ El art. 24.2 de la Constitución Española reconoce el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no confesarse culpable.

¹² Art 12 d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

¹³ Así pues, aquello que tenga lugar desde que se produce la derivación del caso hasta que termina el procedimiento restaurativo es confidencial, incluyendo toda la documentación manejada durante el proceso.

¹⁴ SOLETO MUÑOZ, H. "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España" en *Cuadernos penales José María Lidón* ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9, Bilbao, 2013, p. 95

¹⁵ En este sentido, parte de la doctrina considera que éste queda respetado siempre y cuando se garantice la confidencialidad del proceso y la prohibición de que lo realizado en él pueda ser empleado como prueba en el proceso judicial. TAMARIT SUMALLA, J., "La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones" ob. cit., p.72. Sin embargo, otro sector considera que no debe exigirse el reconocimiento previo de hechos ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo. GONZÁLEZ CANO, E. "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores" en *Revista del Tribunal de Justicia*, núm.7, 2000, p.39.

¹⁶ Si acudimos al informe realizado por el CCGPJ en los años 2005-2008 los datos demuestran que en un porcentaje significativo se han reconocido totalmente los hechos (56,1%), o al 48 menos, parcialmente (20'5%);

ese caso, de las consecuencias que de ello pudieran derivarse. Lo que se pretende es que tanto si se abandona el proceso como si no, se logre alcanzar un acuerdo y, si finalmente se llega a celebrar el juicio, éste pueda celebrarse sin que el Juez o Tribunal esté contaminado por el contenido del acta de reparación¹⁷.

1.3. Contenido

Nuestra legislación no señala cuál debe ser el contenido del acuerdo de reparación más allá de los artículos 109 a 115 del Código Penal y la declaración que puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o no hacer que establecerá el juez o tribunal atendiendo a las condiciones personales y patrimoniales del declarado culpable en sentencia, así como que han de ser cumplidas por él mismo o por otro a su costa.¹⁸

No obstante, hay ciertos requisitos que deben cumplir estos acuerdos:

- **Deben ser efectivos y beneficiar a ambas partes** que han participado en el proceso restaurativo. Tanto la víctima como el infractor participan en estos procesos con la intención de obtener una serie de beneficios, pero la realidad es que la mayoría de las veces al finalizar el proceso se encuentran con un beneficio que ni si quiera al principio intuían y que es el que busca lograr este tipo de procedimientos: la obtención de una sensación de serenidad interna. Para alcanzar este fin, es necesario que las partes vayan conociendo las situaciones de la otra parte, se vayan comprendiendo la una a la otra y de esta forma, conforme se va desarrollando el proceso, se va logrando la satisfacción de intereses concretos en forma de acuerdos. Evidentemente, el acuerdo tiene que beneficiar a ambas partes, dado que si alguna de ellas no ve satisfecho un interés, no se sentirá representado por el acuerdo y por tanto, no se vinculará y los objetivos del proceso se verían frustrados.

en total: 76'7%. En un 16% las partes no lo han considerado necesario. RÍOS MARTÍN, JC; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGO DÍAZ, M; CABRERA CABRERA, P y JIMÉNEZ ARBELO, M: "Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia 2005-2008", Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.48

¹⁷ Es por ello que el acta de reparación debe limitarse a recoger el acuerdo alcanzado o la imposibilidad de alcanzarlo, sin dar más datos. La autoría o no del infractor no debe ser mencionada aunque se puede entender que quien decide reparar es porque reconoce que algo mal ha hecho que debe subsanar, al ser un comportamiento completamente voluntario es compatible con el mantenimiento de los derechos y de las garantías procesales reconocidas constitucional y legalmente. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La mediación en el sistema penal*, (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p.223.

¹⁸ PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La mediación en el sistema penal*, (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p.225.

- **Debe solicitarse expresamente su aplicación y que su contenido sea posible de ejecución.** Esta cuestión es de vital importancia, ya que si la persona acusada no quiere o no puede realizar lo pactado, de nuevo los objetivos de la Justicia Restaurativa y, por ende, las expectativas de los participantes se verían frustradas. Para ello es necesario que a lo largo del proceso se vaya obteniendo información acerca de la posible ejecución de lo pactado, así pues, no tendrían sentido fijar un acuerdo de reparación económico si sabe que el infractor es insolvente pero éste expresa su intención de pagar con el único objetivo de zanjar el asunto. Por lo tanto, la reparación se debe adecuar a la capacidad reparadora del sujeto.
- **Debe respetar la dignidad de la persona que va a ejecutarlo.** El acuerdo que ponga fin al proceso restaurativo debe contener compromisos razonables y proporcionados, respetuosos, en todo caso, con la dignidad humana. En este sentido, el representante legal del acusado se encargará de que, efectivamente el acuerdo garantice la dignidad del infractor y, en última instancia, será corroborado por el Fiscal y el Juez.
- **Debe ser proporcional,** es decir, debe existir en todo caso una correlación entre la infracción cometida por el autor y el tipo de obligación pactada en el acuerdo. Para ello, se deben ponderar la naturaleza, la gravedad y las repercusiones lesivas de la infracción e imponer una obligación adecuada. En el caso de que estemos ante una mediación penal, será el mediador la persona encargada de velar porque no se den soluciones desproporcionadas. Posteriormente el abogado defensor corroborará dicha situación aconsejando al autor antes de la firma del acuerdo y, nuevamente, el Fiscal y Juez lo ratificarán en última instancia.
- **No debe tener contenido punitivo.** Hay que tener claro que la finalidad de la Justicia Restaurativa no es sustituir un modelo punitivo por otro de igual carácter, sino que lo que busca es trabajar con otras formas de abordar el conflicto. De esta forma, los efectos de la reparación varían en función de aspectos como la gravedad del delito, el momento procesal, y en todo caso, la pena se impondría, aunque fuese atenuada. En definitiva, este modelo propuesto no pretende sustituir de forma generalizada la sanción penal.

Ahora bien, si acudimos a los tipos de acuerdo que se pueden tomar tras un proceso restaurativo, podemos dividirlos en dos grupos: acuerdos de reparación material o acuerdos de reparación simbólica.

En primer lugar, los acuerdos de reparación material consisten en la asunción de una obligación de dar una cantidad económica o de devolver una cantidad sustraída. Es el Ministerio Fiscal - o la acusación particular- el que se encargará de fijar la cuantificación de la indemnización, en el caso de que nos encontremos en la fase de

enjuiciamiento, pues el escrito de acusación de este ya contiene la cantidad que debe entregar el acusado. En el caso de que nos encontremos en la fase de instrucción, dado que aún no existe un escrito de acusación del Fiscal, habrá que estar a los que determine el perito tasador en la valoración del daño. Si no coincide la tasación del perito adscrito al Juzgado con la tasación de un perito de parte, habrá que estar a lo que dispone el primero de ellos, pues éste actúa bajo los principios de imparcialidad, ateniéndose a las tablas de valoraciones actuales, salvo que las partes acepten como buena la valoración del perito de parte. Cuando el acuerdo es material y consiste en el pago de la responsabilidad civil y la persona acusada no disponga de ingresos suficientes para hacerlo efectivo en un solo pago, las partes pueden pactar que se haga a plazos, determinando las cuotas en el acuerdo, y en todo caso, procurando que se satisfaga íntegramente antes del acto de la vista.

No obstante, en muchos casos la reparación económica no es posible, y en otros, sucede que esa forma de reparar carece de valor para la víctima,¹⁹ es entonces cuando se recurre a la reparación simbólica. En estos casos, no solo se está reparando el daño patrimonial que ha causado el delito sino que lo que se pretende es realizar una reparación emocional, es decir, reparar también los efectos negativos que el delito despliega en la esfera psicológica de la víctima y que suelen coincidir con las necesidades de la misma. En definitiva, lo que pretenden estos acuerdos es reparar los daños morales y emocionales de las víctimas, por lo que casi siempre, consisten en obligaciones de hacer o no hacer ya que, según el art. 12 del Código Penal: “la reparación del daño podrá consistir, además de obligaciones de dar, en obligaciones de hacer o no hacer”. Así pues, este tipo de reparación podría consistir en prestaciones o servicios que realiza el infractor a favor de la víctima, o incluso, a favor de la comunidad como, por ejemplo: la redacción de una carta, una visita a la cárcel, trabajos en beneficios de la comunidad, compromiso de respeto mutuo, sometimiento a tratamiento psicológico o de desintoxicación, en la petición de disculpas no como mero formalismo, entre otras²⁰.

¹⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “Justicia restauradora, mediación y sistema penal...”, pág. 482.

²⁰ Si acudimos al informe realizado por el CCGPJ en los años 2005-2008 observamos que en Cataluña la valoración de las experiencias de mediación señalaba que de los asuntos cerrados con acuerdo, los de contenido económico representan poco más del 10%; los de tipo personal y relacional supusieron un 73% en 2008 y un 86% en 2009. SÁEZ RODRÍGUEZ C. “La Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 2008-2011” en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm 8, Bilbao, 2011. En el mismo sentido, el informe revela que, aunque las fórmulas de reparación fueron muy variadas, la mayoría consistieron en la petición de disculpas (29,5%) y el abono de las indemnizaciones (13,5%). Se reflejan también otras fórmulas como la derivación a tratamiento terapéutico, la realización de servicios comunitarios, o el compromiso de respeto mutuo o de que los hechos no se repitan. RÍOS MARTÍN, JC; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGU DÍAZ, M; CABRERA CABRERA, P y JIMÉNEZ ARBELO, M: “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia –2005-2008–”, Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

2. EL ACUERDO Y LAS FASES DEL PROCESO

En esta parte, y siguiendo las pautas ofrecidas por el Congreso General del Poder Judicial,²¹ se intenta mostrar un guía sobre cómo insertar la mediación intrajudicial²² y, en el caso de que ésta finalice con éxito, el correspondiente acuerdo restaurativo en el proceso penal vigente. Se opta por la mediación, como instrumento restaurativo, porque se entiende que es el eje y manifestación más importante de la Justicia Restaurativa²³

Así pues, la mediación intrajudicial, se configuraría como una forma de tutela judicial efectiva que pretende conseguir una mayor tutela de las pretensiones de las partes al ofrecerles más protagonismo a todos los intervinientes en el proceso. Se insertaría en un proceso penal con todas las garantías y se encontraría sometida al control del órgano judicial en las diferentes fases del proceso: instrucción, enjuiciamiento y ejecución²⁴ A pesar de que la mayoría de los casos se derivan en la fase previa al juicio, nos encontramos con una tendencia a ir derivándose también en la fase de juicio y de ejecución²⁵

2.1. Fase de Instrucción

Como ya sabemos, esta fase tiene como fin primordial determinar la verdad material, esto es, constatar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar a la apertura del Juicio oral. Para ello, se llevan a cabo lo que se conoce como diligencias previas, recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art 774 y ss). Éstas se refirieren a todas aquellas actividades destinadas a averiguar y constatar la perpetuación del delito, las circunstancias que pueden influir en su clasificación así como aquellas que buscan asegurar a la persona del presunto responsable y la responsabilidad pecuniaria.

²¹ La guía del CGPJ muestra, como primer requisito para la implantación del procedimiento de mediación penal dentro del proceso penal vigente, la necesidad de una regulación legal al respecto. Por lo tanto, lo que se ofrece en esta guía no es más que una propuesta de inserción al no estar regulado actualmente en nuestra legislación. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, en *Consejo General del Poder Judicial*, ISSN 1139-2819, Madrid, 2008. p.91

²² Por mediación intrajudicial se entiende aquella que se encuentra vinculada a un proceso judicial ya iniciado. No obstante, el calificativo de intrajudicial no significa que la mediación tenga lugar en el proceso judicial sino que la misma tiene lugar fuera del mismo, pero motivado por su existencia y con vocación de implementar en su seno los resultados del mismo. Así, BARONA VILAR, “El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España”, en TAMARIT (coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 234-235.

²³ Esa consideración hace que en muchas ocasiones se caiga en el error de asimilar ambos conceptos. Así pues en palabras de Manzanares Samaniego “la idea de Justicia Restaurativa precede a la de mediación, que sería instrumento de aquella, el más cualificado pero no el único” MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, en *Diario La Ley*, núm., 7232, 2009, p. 5

²⁴ VENTAS SASTRE, R. “Principio de oportunidad y mediación intrajudicial... ob. cit., pp.92

²⁵ SOLETO MUÑOZ, H. “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España” en Cuadernos penales José María Lidón ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, p. 106

Lo que interesa ahora es plantearse en qué momento de la instrucción cabría someter el proceso a mecanismos restaurativos; pues bien, todo parece indicar que la opción más acertada sería que una vez que el Juzgado de Instrucción incoe las diligencias previas, y en cualquier momento durante la tramitación de éstas, se pudiera solicitar la derivación del asunto a la mediación penal, por ser ésta la técnica más frecuente y funcionar ya en nuestra regulación de menores.

Así pues, sería el letrado de la Administración de Justicia²⁶ la persona encargada de informar, bien al ofensor durante su primera declaración en calidad de persona imputada o bien al Letrado que le sea asignado al mismo, de la posibilidad que existe de resolver el asunto a través de esta modalidad restaurativa. En el caso de que estén interesados, podrán ambos entrevistarse de forma reservada para que el Letrado informe a su cliente acerca de la Justicia Restaurativa: cuáles son los postulados sobre los que se asienta, las distintas posibilidades que ofrece, el procedimiento a seguir, así como las consecuencias y efectos para el proceso.

No obstante, la solicitud de llegar a un acuerdo a través de este mecanismo no está reservada únicamente al ofensor sino que puede surgir de cualquiera de las partes, por sí mismas o por sus representantes legales o incluso del Ministerio Fiscal. Además, puede darse el caso de que sea el órgano judicial quien, tras contar con el acuerdo del Fiscal, decida someter el asunto al proceso de mediación. En cualquier caso, hay que resaltar el hecho de que es el órgano judicial el que tiene la última palabra, es decir, es el Juez el que finalmente debe resolver sobre la procedencia o no de la derivación, en tanto en cuanto el acuerdo al que finalmente lleguen las partes tras dicho procedimiento influirá, casi con toda probabilidad, en la valoración final que éste haga de cara a una posible atenuación de la responsabilidad penal del acusado.

En el caso de que las partes presenten buena predisposición a someter la cuestión al proceso de mediación, el juzgado contacta con un Servicio de Mediación Penal para que realice un expediente relativo a cada caso concreto. Posteriormente, será el juez el que dicte auto o providencia de derivación y, en el caso de que la iniciativa haya surgido por parte del ofensor o su letrado, además se le enviará a la víctima una carta informativa dándole las razones por las que el caso ha sido elegido para llegar a un acuerdo a través de estos métodos.

Es entonces cuando, si ambas partes otorgan su consentimiento informado de participación en la mediación, se lleva a cabo el proceso de mediación en sí. En este sentido, cabe resaltar el hecho de que la derivación del asunto no implica la suspensión del procedimiento por el tiempo que dure la misma sino que, siguiendo el modelo

²⁶ Tras la reforma de LOPJ, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio de 2015) los secretarios judiciales pasarán a ser "Letrados de la Administración de Justicia".

Alemán,²⁷ el proceso de mediación no exime la continuación de la instrucción²⁸; el Juzgado llevará a cabo las diligencias de investigación imprescindibles para la resolución del caso así como aquellas que le vengan impuestas por ley, siempre y cuando la continuación de la instrucción no interfiera en el proceso restaurativo que se está celebrando.

Finalmente, si no hay acuerdo entre las partes, se abrirá juicio oral y se enviarán los Autos al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento que corresponda; en caso contrario, si se da el caso de que las partes lleguen a un acuerdo común que satisfaga sus pretensiones e intereses, éste debe presentarse, en todo caso, ante el Juez. Por lo tanto, el acuerdo no depende en exclusiva de las partes sino que la libertad de actuación de éstas se encuentra delimitada por el propio proceso: será el Juez el que valorará en última instancia el acuerdo restaurativo, al corresponderle con posterioridad fijar la condena al acusado y ejecutar la reparación de la víctima. El acuerdo recoge lo que se conoce como “Plan de reparación” donde queda detallado todo aquello que se llevará a cabo para solucionar el conflicto. Dicho documento tendrá que firmarse por las partes, como muestra de su conformidad, así como por los representantes legales de éstas entregando²⁹ copia a cada una de ellas, al Ministerio Fiscal así como al Juzgado de Instrucción.

Remitido el acuerdo de reparación y siempre que hayan finalizado las diligencias de investigación que resulten necesarias, el Juzgado dictara Auto de Procedimiento Abreviado (art. 780 de la LECrim.) o bien de transformación en juicio de faltas (art. 779 de la LECrim.), a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

En el primer caso, a la hora de formular el escrito de acusación y con el objetivo de tener en cuenta el acuerdo de reparación alcanzado a la hora de fijar la petición pena para el acusado, podrá plantearse por parte del Ministerio Fiscal, por el letrado de la defensa así como de la acusación particular actuar conforme lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECrim.³⁰. Así pues, la parte de la defensa podrá mostrar su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o bien se puede dar la posibilidad también

²⁷ GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M. “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos Mínimos” en GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dirs.) *Sobre La mediación Penal: Posibilidades y límites En Un Entorno De Reforma Del Proceso Penal español*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012. p.435

²⁸ El Borrador del Código procesal penal parece decantarse en ese mismo sentido ya que faculta al Fiscal a suspender las diligencias de investigación en el caso que éste lo considere oportuno. Como vemos, se condiciona la suspensión de la investigación al libre arbitrio del Fiscal por lo que la tramitación del asunto seguirá adelante a no ser que éste decrete dicha suspensión (art.145)

²⁹ Debe ser escueto y respetando, sobre todo, el principio de presunción de inocencia. Además, la directiva 29/12 establece que el infractor deberá reconocido los elementos fácticos básicos del caso, e igualmente reitera la confidencialidad de los debates de justicia reparadora.

³⁰ En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1.

de redactar un nuevo escrito de calificación conjunto en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

En el segundo caso, el Juzgado de Instrucción, una vez recibido el correspondiente acuerdo de reparación, fijará fecha para el acto de juicio. A este acto pueden ambas partes ejercitar su derecho de acudir o no al mismo. También se recoge la posibilidad de que la persona que ha dirigido el proceso de mediación pueda comparecer para ofrecer su testimonio relativo al desarrollo del proceso, todo ello a instancia del Fiscal y sin perjuicio de la incorporación del acta del acuerdo como prueba documental del procedimiento.

En cuanto al seguimiento del acuerdo alcanzado cabe mencionar que se llevará a cabo, en primer término, por el Juzgado de Instrucción competente pudiendo solicitar en todo momento informes sobre el procedimiento, el cumplimiento y ejecución del Plan de reparación. Cabe mencionar que la ejecución del acuerdo alcanzado debe producirse con anterioridad a la realización del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, con el objetivo de que en él se recoja la consecuencia penológica que corresponda atendiendo a la mediación alcanzada y a la reparación satisfecha³¹. En el supuesto de Procedimiento Abreviado, el seguimiento por el Juzgado de Instrucción consistirá en comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados. En el supuesto de Juicio de faltas, corresponderá al Juzgado de Instrucción el seguimiento del Plan de reparación acordado por las partes y la ejecución de la sentencia en los términos que se establezcan.

2.2. Fase de enjuiciamiento

Esta fase se inicia una vez que las actuaciones competentes han llegado a manos del órgano judicial encargado del enjuiciamiento conforme al artículo 785 LEcrim. En este caso, al igual que ocurría en la fase anterior, si el órgano judicial, con acuerdo del Fiscal, considera que las actuaciones son aptas para someterlas a un proceso restaurativo, una vez iniciada la presente fase, el letrado de la Administración de Justicia se pondrá en contacto con la persona acusada o con su representante legal para informarles de que el caso ha sido seleccionado para someterse a tal proceso. En cualquier caso, se prevé la posibilidad de que cualquiera de las partes si lo consideran oportuno- ofensor, víctima, Ministerio Fiscal, representantes legales- pongan en conocimiento del Juez la conveniencia de resolver el asunto a través de métodos restaurativos para que éste la valore.

³¹ En todos los procedimientos por delito, la reparación del daño deberá llevarse a cabo con carácter previo a la formulación del escrito de conclusiones provisionales, a los efectos de su valoración efectiva como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Ahora bien, dicho requisito puede quedar a disposición, dentro de los límites legales, del Ministerio Público y de las partes. Así, pues puede darse el caso de que las acusaciones y la defensa hubieran acordado posponer la ejecución total o parcial del acuerdo a la fase de ejecución de sentencia, en ese caso corresponderá al Juzgado de lo Penal competente para la ejecución el seguimiento de dicho acuerdo de reparación.

No obstante, recordemos que las partes no gozan de una amplia libertad de decisión de modo que si el juez se opone, la causa seguirá el procedimiento ordinario.

Una vez que se cuenta con el consentimiento informado de las partes³², se inicia el proceso en sí. Finalmente, si no hay acuerdo, se abrirá juicio oral; por el contrario, si se da el caso de que las partes lleguen a un acuerdo común que tenga como base el interés de ambos y la convicción de ser esa la mejor forma de solucionar el conflicto, se redacta el acuerdo de reparación que lleva implícito el plan que se va a desarrollar para solucionar el conflicto. Como ocurría en la fase de instrucción, se entregará copia del acuerdo a cada una de las partes así como al Ministerio Fiscal y al Juzgado de lo Penal.

A continuación será el Juez de lo Penal quien dicte Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, donde se citará tanto a las partes como al Ministerio Fiscal. No se citará, sin embargo, ni a los testigos, ni a peritos propuestos y admitidos, ni al mediador salvo que el Fiscal o las partes manifiesten la necesidad de comparecencia de todos o algunos de ellos. No obstante, el propio mediador podrá solicitar su presencia en el acto del juicio oral y dicha manifestación se hará constar en el traslado de la causa para la notificación del auto de señalamiento por el Ministerio Fiscal y las partes, el mediador interviniente lo hará constar en el Acuerdo de Mediación.

El acto del Juicio oral se iniciará con el trámite de la conformidad³³: el acuerdo al que hayan llegado las partes se podrá trasladar al escrito de calificaciones finales llegando incluso a modificarlo, siempre y cuando tales modificaciones se encuentren dentro de los términos legales comprendidos en el art. 787 LEcrim. Así pues, tanto el Ministerio Fiscal como el abogado de la defensa, pasarán a debatir acerca de la determinación exacta de la pena y las posibles medidas suspensivas o sustitutivas de la misma. Ambas partes entrarán en sala y expondrán al Juez aquellos hechos, acuerdos y cuestiones que deseen expresar.

Será el Juez quien se encargará de analizar jurídicamente los acuerdos que tanto el Fiscal como el abogado de la defensa presenten, dictando sentencia de conformidad cuando proceda. No obstante, si alguna de las partes manifiesta en la comparecencia su oposición al acuerdo alcanzado, se procederá a la celebración del juicio mediante la práctica de prueba.

³² Que se consigue una vez les hayan explicado en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento, al menos parcial, de los hechos), proceso (entrevistas personales, con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede) y las consecuencias (reparación del daño, reconocimiento de hechos, apreciación de atenuante). Ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad para participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, en Consejo General del Poder Judicial, ISSN 1139-2819, Madrid, 2008. p.104.

³³ La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge la institución de la conformidad, como un acto procesal que supone la declaración de voluntad de las partes de poner fin al proceso penal y evitar así la celebración del juicio. Cuando se llega a una conformidad, el acusado reconoce los hechos y se compromete de forma expresa a no recurrir la sentencia y a cumplir la pena que se acuerde

En este caso, la ejecución material de la reparación, es decir, del acuerdo, debe producirse al menos antes de que se inicie el juicio oral. Por su parte, el seguimiento de la reparación se efectuará a través del órgano sentenciador, o en su caso, el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

2.3. Fase de ejecución

Una vez que la sentencia que resuelve el caso haya adquirido firmeza y se dicte el correspondiente auto³⁴, se obtiene el título ejecutivo necesario para poder iniciar el proceso de ejecución³⁵. En este caso será el Juez encargado de la Ejecución el que decida, siempre con el acuerdo del Fiscal, si se debe someter el proceso a métodos restaurativos en la presente fase de Ejecución. De este modo, el letrado de la Administración de Justicia será el encargado de informar al abogado de la defensa la elección del caso para participar en este tipo de proceso reparador.

Al igual que ocurría en las fases anteriores, si se acepta participar en el proceso y éste culmina con éxito se redacta el acuerdo de reparación que recoge el llamado “Plan de reparación”. Así pues, dicho acuerdo restaurativo será valorado por el Juez encargado de la ejecución así como por el Fiscal pudiendo causar distintos efectos según la fase en la que se encuentre el procedimiento: archivo de expediente, concesión de suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto, entre otras.

Por el contrario, si no hay acuerdo, el Juez o Tribunal podrá, no obstante, decidir sobre la suspensión, sustitución o informe del indulto valorando, en su caso, las circunstancias que concurran, por ejemplo, los esfuerzos del condenado por reparar a la víctima y su actitud hacia el logro de la reparación.

Llegados a esta fase del proceso es necesario decir que, aunque mayoritariamente se tiende a emplear métodos restaurativos en fases anteriores del proceso, la fase de ejecución se articula como un espacio muy adecuado para la implementación de este tipo de técnicas por tres motivos fundamentales:

- Existe ya prueba de cargo suficiente, como es la declaración de culpabilidad del ofensor, que hace que se desvirtúe legítimamente la presunción de inocencia que rige en la fase de instrucción. Así pues, ha sido el sistema de justicia penal el que, tras un proceso seguido con todas sus garantías, ha determinado quien ha causado el daño y, por tanto está obligado a reparar, y quien ha sufrido el daño y tiene derecho a ser reparado.

³⁴ Arts. 798, 974, 975, 985 y 988 LECrim

³⁵ Arts., 141.6, 143 LECrim y 245.4 LOPJ

- Se ha obtenido justicia dentro del marco del sistema penal actual, usando la norma penal, y no introduciendo elementos privativos, como medio para regular los comportamientos de las personas.
- El Código Penal recoge modalidades especiales de ejecución de la pena que resultan menos gravosas para el ofensor que se ven favorecidas con la reparación a la víctima que se puede acordar en el seno de un proceso restaurativo llevado a cabo en la fase de ejecución.

2.4. Consecuencias penológicas derivadas del acuerdo

A pesar de que el actual Código Penal no regule la mediación, sí que aparecen previstos una serie de beneficios jurídicos para el autor del delito en el caso de que repare el daño causado a la víctima. Distinguimos varios casos:

- a) Reparación del daño producida con anterioridad al juicio oral: En este caso, el infractor ha reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado los efectos del mismo en cualquier momento del procedimiento, antes del juicio oral; por lo tanto se apreciará la atenuante de reparación del daño a la víctima prevista en el art. 21.5 CP³⁶ en la intensidad en que el órgano jurisdiccional la valore simple o como muy cualificada³⁷
 - b) Reparación del daño producido tras la sentencia: En estos casos, los efectos derivados del acuerdo alcanzado tras la mediación intrajudicial pueden dar lugar a distintas figuras.
- Antes de la mencionada reforma del Código Penal, existía la opción de acudir a la sustitución de las penas de prisión de hasta dos años por la pena de localización permanente, multa o trabajos en beneficio de la comunidad

³⁶ Así se recogen en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, queriendo destacar la sentencia de 20 de julio de 2015 en la que aparece recogido que esa circunstancia lo que pretende es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

³⁷ En el primer caso, permite imponer la pena en su mitad inferior, según dispone el artículo 66.1.1.ª del Código Penal y, en el segundo, aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley si se pondera como muy cualificada —artículo 66.1.2.ª del Código Penal—. Volviendo de nuevo al informe realizado por el CGPJ, la experiencia llevada a cabo en 2005-2008 demuestra que en el 68% de los supuestos se aplicó la atenuante muy cualificada de reparación del daño, y en el 31% de las situaciones la atenuante simple. RÍOS MARTÍN, JC; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGO DÍAZ, M; CABRERA CABRERA, P y JIMÉNEZ ARBELO, M: “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia –2005-2008–”, Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

a través de la aplicación del artículo 88 CP³⁸. Pues bien, la Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, deroga el mencionado artículo, desapareciendo así el régimen tradicional de sustitución que pasa a ser una modalidad de suspensión con ciertas especialidades³⁹. En dicha suspensión sustitutiva, el juez puede imponer (como sustitutivo) una pena o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, se prevé que los acuerdos alcanzados en mediación puedan condicionar la suspensión de la pena lo que intenta garantizar el efectivo cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación.

- La concesión del indulto: En este sentido, la mediación podría facilitar al juez la concesión de este tipo de suspensión del art. 4.4 del Código Penal así como para emitir un informe favorable de cara a la concesión de indulto.
 - También se pueden derivar efectos positivos cuando la persona se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario traducidos estos en la clasificación inicial en régimen abierto, la concesión de permisos penitenciarios, la exclusión del período de seguridad o la concesión de la libertad condicional⁴⁰.
- c) Por último, es posible la extinción de la responsabilidad penal por el perdón del ofendido. En estos casos un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo con el cual el perjudicado se considere plenamente reparado y, como consecuencia retire la denuncia y el Juez o Tribunal pueda archivar la causa.

CONCLUSIONES

Nuestro sistema de justicia penal actual presenta una serie de debilidades que han dado lugar a la profunda crisis del modelo vigente que estamos viviendo en la actualidad. Esta justicia está marcada por un excesivo corte retributivo, cuyo principal objetivo es la represión del delincuente, lo que ha fomentado el incremento de

³⁸ El informe realizado por CGPJ refleja que se otorgó la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad en un 11'5 %. RÍOS MARTÍN, JC; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGU DÍAZ, M; CABRERA CABRERA, P y JIMÉNEZ ARBELO, M: "Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia –2005-2008–", Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

³⁹ Dicha Ley Introduce un régimen único de suspensión, que integra el ordinario, el aplicable a drogo-dependientes y la sustitución de la pena, que pasa a ser una modalidad de suspensión. Así, el artículo 84 del actual Código Penal incorpora como modalidad de la suspensión la sustitución de la pena por alguna de estas prestaciones o medidas: 1ª Cumplimiento de acuerdo alcanzado en virtud de mediación; 2ª Pago de multa (2 cuotas por cada día de prisión hasta 2/3 de su duración); 3ª Trabajos en beneficio de la comunidad (1 día de trabajo por cada día de prisión hasta 2/3 de su duración).

⁴⁰ En la reforma del Código Penal la Libertad condicional se convierte en una suspensión de lo que resta de condena, y le son de aplicación los criterios generales de las suspensiones que se regulan en los arts. 80 y ss. del CP.

penas cada vez más duras. Además, el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, parece expropiar del conflicto a las verdaderas partes implicadas las cuales se muestran cada vez más insatisfechas con las soluciones que se les ofrece. Todo ello ha propiciado que surjan movimientos a favor de las víctimas que lo que buscan es otorgar a éstas un mayor protagonismo y que están ganando cada vez más importancia. Ante esta delicada situación, se hace evidente la necesidad de cambios y de renovar nuestro sistema de justicia actual.

La llamada Justicia Restaurativa aparece así como un modelo de resolución de conflictos, cuyo fin primordial, es obtener la reparación del daño. Este nuevo concepto se sirve de métodos, entre los que destaca la mediación penal, que tienen como denominador común el dialogo participativo, inclusivo e integrador de los participantes y en los que, en ocasiones, se trata de hacer partícipe a la comunidad en la resolución de los problemas. Por lo tanto, esta justicia reparadora pretende lograr la reparación de la víctima y de la sociedad en conjunto, al mismo tiempo que busca la asunción de responsabilidad por parte del ofendido y la posterior reintegración del mismo en la sociedad.

La Justicia Restaurativa no debe ser entendida como una nueva solución que rompe de lleno con el sistema de justicia tradicional conocido hasta entonces y que trata de suplirlo, sino más bien todo lo contrario. Este nuevo modelo no funcionaría de forma autónoma puesto que no sería capaz de suplir las garantías que ofrece el sistema penal actual. Por ello, debe entenderse la justicia reparadora como método complementario al sistema judicial y no como alternativa. Lo que se trata de conseguir es insertar en el marco del proceso judicial penal actual elementos de Justicia Restaurativa como instrumentos de complemento, sin introducir elementos de privatización y, donde los órganos judiciales ejercerían el control de cumplimiento de todas las garantías del proceso.

En la legislación penal española, el Derecho Penal de adultos no regula ninguna técnica restaurativa, ni si quiera la mediación penal. No existe ninguna regulación positiva a cerca de la mediación – exceptuando la mediación en el ámbito de menores- y es más, la única referencia legislativa a nivel estatal que existe es prohibitiva, excluyéndose de la aplicación de estas técnicas los delitos y faltas cuyo conocimiento compete a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Para el resto de delitos, la decisión de derivar el asunto concreto a este tipo de técnicas restaurativas correspondería a los jueces o tribunales basándose en criterios de oportunidad reglada. No obstante, tanto la Unión Europea con sus aportaciones legislativas como la mayoría de la doctrina, parece apostar por un amplio ámbito de aplicación de la Justicia Restaurativa, sin que exista ningún *numerus clausus* de delitos susceptibles de participar en dichos procesos. A pesar de ello, es cierto que hay delitos que son más propensos al sometimiento a este tipo de prácticas que otros pero, en todo caso, antes de iniciar cualquier programa restaurativo, debe estudiarse cada caso concreto y exigirse la concurrencia de ciertos criterios de aplicación, que bien podrían englobarse en dos: la adecuación del instrumento restaurativo al conflicto y la protección de los participantes.

El acuerdo restaurativo, entendido éste como el resultado alcanzado tras la celebración de un proceso restaurativo, comprende lo que se denomina “acta de reparación” donde aparece todo lo que las partes han decidido como forma de resolver el conflicto. Ésta debe respetar, en todo caso, los principios de confidencialidad y de presunción de inocencia. El contenido del acuerdo puede ser muy variado y dependerá de cada caso en concreto, pero principalmente encontramos dos tipos de acuerdos: los de reparación material y los de reparación simbólica. La última cuestión, y la más controvertida, es la naturaleza jurídica que se le debe otorgar a los mismos existiendo diversas posturas al respecto. En primer lugar, unos entienden el acuerdo de reparación como sanción penal autónoma, es decir, como una tercera modalidad de la pena junto con la multa y la prisión de libertad. Otros, defienden que los acuerdos restaurativos suponen una tercera vía frente al injusto, junto con la pena y la medida de seguridad, por lo que la reparación reemplazaría a la pena o la aminoraría cuando fuera suficiente para resolver el conflicto entre el autor y la generalidad. Por último, otro sector considera que los procesos de Justicia Restaurativa tienen como último fin el restablecimiento de la paz social; fin que una vez conseguido implica, el no necesitar la imposición de una pena desde la perspectiva de la prevención general y especial. En general, la mayoría de la doctrina española niega que el acuerdo de reparación pueda tener carácter sancionador principalmente porque supondría la privación de la voluntariedad, rasgo esencial de la Justicia Restaurativa. No obstante, hay ciertos defensores de esta justicia que les otorgan a los acuerdos fines que no se consiguen con la aplicación de las penas y, además les reconocen los fines de prevención general positivo y de prevención especial. En mi opinión, es tan variado el contenido que pueden llegar a tener los acuerdos restaurativos que sería una simpleza tratar de atribuirles un única naturaleza jurídica; habrá que acudir a cada caso concreto para poder otorgarle al acuerdo una mayor o menor autonomía.

La forma en la que se ha tratado de insertar los instrumentos restaurativos en nuestro proceso penal ha sido a través de la mediación penal intrajudicial, aquella que se encuentra vinculada a un proceso judicial ya iniciado. Ésta se insertaría en un proceso penal con todas las garantías y se encontraría sometida al control del órgano judicial en las diferentes fases del proceso: instrucción, enjuiciamiento y ejecución. Como se ha explicado, sería posible y compatible introducir el plan de reparación acordado por las partes en cualquiera de las fases de nuestro proceso penal, ya que todas ellas son aptas para volcar los resultados obtenidos en la celebración de estos procesos. Aunque en la mayoría de las ocasiones se suele realizar la derivación del asunto en la fase previa al juicio, últimamente existe una tendencia a hacerlo también en las fases de juicio y de ejecución.

La introducción de la Justicia Restaurativa, a través de la mediación penal, en nuestro sistema judicial aportaría una serie de beneficios operativos y de economía procesal que influirían positivamente en la congestión actual que viven los Juzgados españoles. Por un lado, permitiría reducir la burocracia y la carga de trabajo de los mismos, ya que se obtiene una respuesta a la comisión del delito más ágil y rápida y, por otro lado, su-

pondría un ahorro de los costes procesales que generan los procesos judiciales. Por ello, debe trabajarse para implementar servicios públicos de mediación en las sedes judiciales.

A pesar de no existir una regulación específica sobre la Justicia Restaurativa en nuestro país, en los últimos tiempos hemos visto cómo se han llevado a cabo ciertas reformas legislativas que suplen, en cierta medida, el vacío legal que existe en torno a la Justicia Restaurativa en nuestro país. Esto puede observarse, por ejemplo, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que dedica uno de sus artículos a los servicios de Justicia Restaurativa o, también, la ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que realiza una clara apuesta por la mediación intrajudicial. No obstante, nuestro país se encuentra todavía muy atrasado en lo que a Justicia Restaurativa y, concretamente, mediación penal, se refiere. Podría decirse que nos encontramos en una fase inicial de implementación y desarrollo de estos métodos de resolución de conflictos, pero todavía queda mucho trabajo por delante. Se hace necesario una urgente reforma procesal que regule y haga efectiva la derivación judicial a métodos restaurativos y que ponga fin al deficiente estado del sistema procesal penal actual.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, «El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España», en TAMARIT (coord.) *Víctimas olvidadas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- ESQUINAS VALVERDE P. en “La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?” en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, núm. 18, 2006
- GARCIANDIA GONZÁLEZ, P.M. “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos Mínimos” en GARCIANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dirs.) *Sobre La mediación Penal: Posibilidades y límites En Un Entorno De Reforma Del Proceso Penal español*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012
- GONZÁLEZ CANO, E. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores” en *Revista del Tribunal de Justicia*, núm. 7, 2000
- GORDILLO SANTANA L.F: *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Ed. Iustel, Madrid, 2007
- LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, en *Diario La Ley*, núm. 7232, 2009

- MARTINEZ ESCAMILLA, M. “Justicia restauradora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed. Edisofer, Tomo I, Madrid, 2008
- PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *La mediación en el sistema penal*, (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012
- PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999
- RÍOS MARTÍN, JC; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGUO DÍAZ, M; CABRERA CABRERA, P y JIMÉNEZ ARBELO, M: “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia –2005-2008–”, Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008
- ROXIN, C. “Fines de la pena y reparación del daño”, en *ESER, HIRSCH, ROXIN, en De los delitos y las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires. 1992
- SÁEZ RODRÍGUEZ C. “La Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 2008-2011” en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm 8, Bilbao, 2011
- SÁEZ, R; SÁEZ C; RÍOS J; OLAVARRIA, T; FÁBREGA, C; GALLEGUO, C; PANTOJA, F; La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva, Grupo de Investigación en Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
- SOLDEVILLA MARTINEZ, I /GUARDIOLA GARCÍA, J: “Mediacion penal en adultos: una comparativa de experiencias pilotos” en *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals* de la UV, ISSN-e 1989-6352, núm. 5, 2011
- SOLETO MUÑOZ, H. “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España” en *Cuadernos penales José María Lidón* ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9, Bilbao, 2013
- SOLETO MUÑOZ H “La Justicia Restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional” en GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Sobre La mediación Penal: Posibilidades y límites En Un Entorno De Reforma Del Proceso Penal español*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012
- TAMARIT SUMALLA, J., “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal”, en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares. Granada. 2012
- TAMARIT SUMALLA, J.M “La reparación a la víctima en el Derecho Penal”. Barcelona, 1994
- VARONA MARTÍNEZ, G: *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares, Granada, 1998

VENTAS SASTRE, R. “Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal” en GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Sobre La mediación Penal: Posibilidades y límites En Un Entorno De Reforma Del Proceso Penal español*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

Documentos Institucionales

Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, en Consejo General del Poder Judicial, ISSN 1139-2819, Madrid, 2008.

UNODC, *Handbook of Restorative Justice*, ONU, 2006

METROSCOPIA para CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, “La Imagen de los abogados y de la justicia en la sociedad española” en *V Barómetro Externo del Consejo General de la Abogacía*, 2015.

Mediación intrajudicial en España: datos 2015 en Consejo General del Poder Judicial. Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, Madrid, 2015

Webgrafía

<http://www.elmundo.es/economia/2016/02/26/56cf2ddbe2704e0b628b45c8.html>

<http://www.euforumrj.org/>

<https://mediacionesjusticia.com/>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion->

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana--datos-2015>

<http://victimsupport.eu/>

Parte VI

REPARACIÓN ECONÓMICA A LA VÍCTIMA POR EL ESTADO

Capítulo XX

LA INDEMNIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO COMPARADO

Alba Peña Díaz

1. LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL

1.1. La víctima como sujeto de reparación

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la víctima se define como aquella “Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. Persona que padece las consecuencias sañosas de un delito.”

Esta definición aunque completa, no refleja la amplitud del concepto de víctima que se está empleando en la legislación actual. La Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1961 recoge la siguiente definición de víctima:

“Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. La definición continúa incluyendo a “los familiares o personas a cargo que tengan una relación inmediata con la víctima y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

Habiendo establecido un concepto de víctima como punto de partida, aunque veremos que este concepto puede variar en función de la legislación en diferentes Estados, deberíamos tratar los diferentes tipos de víctimas que se contemplan. Muchos autores han establecido una categorización de las víctimas siguiendo tanto criterios jurídicos como socioeconómicos. Debido al objeto de este estudio, nos centraremos en clasificaciones basadas en criterios jurídico-penales desarrollados por autores como Landrove frente a clasificaciones más generales realizadas por autores como Von Henting¹.

¹ Von Henting, H, 1979. “The criminal and his victim”.

Las víctimas se pueden clasificar teniendo en cuenta la relación entre delincuente y víctima, y ciertas circunstancias especiales como el grado de vulnerabilidad de la víctima. Las víctimas quedarían esquematizadas de la siguiente forma²:

- I. Víctima no participante es aquella que no mantiene ningún tipo de relación con el victimario, es decir, la víctima ideal.
- II. Víctima participante es la que tiene un papel en el delito, por ejemplo, por no ser lo suficientemente precavida. También incluye esta categoría a las víctimas voluntarias que provocan el delito mediante la instigación al autor.
- III. Víctimas familiares son aquellas que pertenecen al grupo familiar del transgresor.
- IV. Víctimas colectivas incluyen a personas jurídicas, ciertos colectivos, el Estado o la sociedad.
- V. Víctimas especialmente vulnerables ya sea por circunstancias personales o factores sociales.
- VI. Víctimas simbólicas son los sistemas de valores, ideologías, sectas receptoras del daño.
- VII. Falsas víctimas son aquellas que han denunciado un delito que no se ha producido.

1.2. Evolución de la víctima en el derecho

La víctima, como objeto de estudio, no ha tenido un tratamiento uniforme por parte de la Ciencia del Derecho, por lo que ha habido una gran transición en su tratamiento desde su primera concepción hasta la actualidad.

Las primeras nociones de la victimología surgen de poetas y escritores³. La primera referencia a las víctimas de delitos aparece en 1948 en el libro de Hans Von Hentig *"The Criminal and his victim"*. En dicha obra se propone una nueva visión de la criminología que no se enfocaba únicamente en el transgresor de la ley sino también en la persona víctima de la transgresión. De la misma forma, las diferentes concepciones de la víctima han influido en su regulación jurídica.

En los orígenes del Derecho Penal se consideraba el derecho como privado debido a que se entendía que los delitos únicamente producían daño privado⁴, el cual era resarcido mediante la venganza por parte del perjudicado o sus familiares directos.

² Siguiendo la clasificación contenida en la obra de Landrove Díaz, G, 1998. "La moderna victimología", pps 42-49.

³ Fattah, E.A. 2000, "Victimology: Past, Present and Future", *Criminologie*, vol. 33, no. 1.

⁴ Como dice el Dr. Israel Drapkin: "En los albores de la civilización humana, la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. Las leyes taliónicas y la compensación, sea mediante dinero (*wergeld*) u otra clase de bienes, fueron los mecanismos gracias a los cuales el hombre fue progresando lentamente desde el sistema de venganza privada al de la justicia pública" Vid. Drapkin, "El Derecho de las Víctimas", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1964 pp. 372 y ss.

De este derecho privado se pasa al sistema de cuantificación del daño para facilitar la compensación a la víctima que, con el tiempo, convive con un sistema de compensación (ya fuera en dinero o en bienes) que negociaban el agresor y la víctima o sus familiares.

Durante la Edad Media, conforme se afianzan las Monarquías, la justicia privada comienza a declinar produciéndose una centralización del poder de las víctimas en manos del Estado, dejando a la víctima como una figura secundaria en el proceso. Surge así el “Derecho Penal Estatal” no permitiéndose el antiguo método de “venganza” por parte de la víctima, interviniendo esta únicamente para relatar los hechos ocurridos para establecer la gravedad del delito.

No fue hasta la segunda mitad del siglo XIX, que se trata la problemática de la desigualdad con el que los Estados trataban a las víctimas en los Congresos Penitenciarios de Bruselas en 1884 y de París en 1895, y la introducción de una reparación a las mismas diferente a la prisión. Pese a que esto derivó en una proliferación de la legislación protectora de la víctima que veremos en apartados posteriores.

1.3. Victimología y victimización

La Víctimología, cuyo término fue utilizado primeramente en inglés (victimology) y francés (Victimologie), es definida por primera vez en el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén en 1973 como “*el estudio científico de las víctimas*”. Esta definición, junto con su consideración como rama de la criminología, ha sido objeto de controversias desde su concepción. Pese a lo interesante de la cuestión, el hecho de que la victimología sea o no parte de la criminología no es objeto de estudio de este trabajo.

Dentro de la ciencia que estudia a las víctimas habría que destacar una serie de conceptos que son relevantes. Estos son los conceptos de “*victimización primaria*” y “*victimización secundaria*”, siendo la primera el daño derivado del delito en sí, y la segunda la frustración por no lograr la reparación del daño aunque el autor haya sido condenado.

La “*victimización primaria*” es el daño producido directamente del delito a la víctima. Según la definición de víctima de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder previamente incluida serían las “*lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales*”

La “*victimización secundaria*” sería la que “*se deriva d las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal, con el aparato represivo del Estado, y supone, en último término, el frustrante choque entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional*”⁵. Este tipo de victimización puede llegar a ser más traumáticos que el daño derivado

⁵ Landrove Díaz, G, 1998. “La moderna victimología”, pp 50.

directamente del delito debido a la exposición de la víctima, el temor a las represalias, lentitud del proceso,...

Algunos autores como Landrove o Beristain reconocen la existencia de “*otra victimización*” o victimización terciaria infligida al delincuente debido a que este es “*víctima de unas estructuras sociales injustas que le abocan indefectiblemente a la comisión de hechos delictivos, a través de los que intenta evadirse de la marginación de los que, a veces, depende su propia supervivencia*”

No basta, por lo tanto, con que la Ley recoja una protección global, sino que es imprescindible una actuación por parte de las instituciones que tenga en cuenta las necesidades de la víctima para reponerse de los daños del delito.

Algunas de estas necesidades son: “*necesidad de reconocimiento y de ser tratadas con respeto y dignidad, necesidad de ser protegidas y apoyadas, de acceder a la justicia y obtener una reparación e indemnización efectiva por los daños y perjuicios sufridos*”.

2. CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL

Desde que se iniciara el movimiento victimológico, la Unión europea ha emprendido un camino en pro del reconocimiento con intención tuitiva y de prevención de la “*victimización secundaria*” que ha provocado un desbordamiento de legislación a nivel comunitario que ha tenido impacto en la normativa nacional de los Estados Miembros aunque con ciertas diferencias.

Pese al reciente desarrollo de dicha protección, existen precedentes tanto legales como jurisprudenciales de la preocupación por las víctimas y su reparación⁹.

La protección a la víctima como tal vino tras los Tratados de Ámsterdam, en vigor desde el año 1999, y de Lisboa, en vigor desde el año 2009, promoviendo el concepto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia atendiendo a los artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: 67.1¹⁰, disposiciones generales sobre el Espacio de libertad, Seguridad y Justicia, y del 82 al 86¹¹, sobre la cooperación judicial en materia penal.

⁶ Daza Bonachela, M (2014). “*Victimología hoy, Derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España*”. Universidad de Granada, España.

⁷ Landrove Díaz, G, 1998. “La moderna victimología”, pp 191.

⁸ García Rodríguez, M.J (2016). *El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

⁹ Blázquez Peinado, M.D, (2013). “*La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la unión europea?*”. Revista de Derecho Comunitario Europeo ISSN 1138-4026, núm. 46.

¹⁰ Artículo 67.1 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012): “*La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.*”¹⁰

¹¹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012) pps 33-37.

Tras la adopción de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de la ONU (1985), fueron numerosos los Estados que se movilizaron para recoger en su cuerpo normativo la legislación que permitiese proteger a las víctimas. En América, los legisladores aprobaron numerosas leyes reconociendo los derechos recogidos en la Declaración al igual que en Australia, Canadá y Gran Bretaña.

A nivel europeo se dictaron los siguientes instrumentos: Convención Europea, de 24 de noviembre de 1983, sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos, Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del

Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal, Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, y la Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre del 1997, sobre indemnización a las víctimas del delito.

A pesar de que la mayoría de Estados contasen con alguna figura normativa en referencia a la protección de las víctimas, dichas normas no acostumbraban a tratar el tema de la participación de las mismas en el proceso. Por ende, una víctima en un Estado no tenía reconocidos los mismos derechos en el proceso penal que en otro.

Esto se intenta solventar cuando el Consejo adopta la Decisión marco de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹², en la cual se recoge a la víctima de un delito como sujeto digno de protección por parte de la normativa jurídica.

Sin embargo, La Decisión Marco resultó no ser tan eficaz debido a la indeterminación de sus disposiciones y al hecho que no incluyese las herramientas necesarias para imponer su cumplimiento en los Estados Miembros.

A raíz de la Decisión Marco se dicta la Directiva 2004/80/CE¹³, la cual tuvo como objetivo establecer un mecanismo de cooperación para favorecer que las víctimas obtengan una indemnización independientemente del lugar de comisión del delito dentro de la Unión Europea (UE), es decir, la finalidad de dicha directiva era dar cobertura normativa a las soluciones que se habían establecido a nivel jurisprudencial.

Esta cooperación se basa en el desarrollo en los diferentes regímenes nacionales de los países de la UE de la reparación a la víctima de delitos cometidos dentro de sus fronteras.

Para llevar a cabo estos objetivos, la Directiva se desarrolla en función de dos pilares: La exigencia de que todos los países establezcan un régimen de indemnización a las víctimas de delitos cometidos en sus territorios y el establecimiento de un sistema de cooperación basado en dichos regímenes.

¹² Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001. DO L 82/1, de 22.3.2001

¹³ Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (DO L 261 de 6.8.2004, pp. 15-18)

Siguiendo estas bases, la Directiva pretende asegurar que las víctimas sean reparadas sin perjuicio del país de residencia o de comisión del delito y que dicha reparación sea justa y adecuada, dejando la fijación de la reparación al sistema judicial del Estado de la UE donde se cometió el delito.

Pese a que la Directiva supuso una gran mejora de la situación de las víctimas, esta únicamente era aplicable a las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas, es decir, aquella víctima que tiene su residencia habitual en un Estado diferente del cual en el que se comete el delito.

Por otra parte, el único mecanismo de reparación a la víctima que prevé es la indemnización y deja a un lado otro tipo de mecanismos que pudieran otorgar una mayor protección a las víctimas.

Además de estos inconvenientes, se planteaba una doble vertiente, la comunitaria y la intergubernamental, debido a que no existía una base jurídica específica en materia de protección a las víctimas, por lo que las instituciones no tenían mecanismos para aplicar la normativa comunitaria resultando tan ineficaz como la Decisión Marco de la que nace.

La Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre, que deroga y sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, contribuye a la supresión de dicha dualidad mediante el establecimiento de normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos junto con otros instrumentos que se refieren a necesidades de víctimas particulares. Estas son las víctimas de terrorismo (En materia de víctimas de terrorismo, vid. la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008. DO L 350/60 de 30.12.2008), de trata de seres humanos (Directiva 2011/36 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/628/JAI del Consejo. DO L 101/1 de 15.4.2011), violencia de género (Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. DO L 338/2 de 21.12.2011)...

3. LA VÍCTIMA EN EL DERECHO ESPAÑOL. NUEVO ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

En el Derecho Español no ha existido un estatuto jurídico general para las víctimas que se entendían, salvo que participasen como acusación particular en el proceso penal, como meros testigos. En el Derecho Penal, las normas para la protección de los derechos e intereses de las víctimas se han producido de forma fraccionada y desigual.

Sin embargo, debido a las directivas internacionales mencionadas previamente, han ido surgiendo en los últimos años normas y mecanismos relacionados con el mo-

vimiento victimológico tales como la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales* y la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia de delitos violentos y contra la libertad sexual*, o mediante la inclusión de disposiciones tuitivas de las víctimas en reformas procesales o penales.

Esta dispersión normativa de rango heterogéneo y distinta aplicabilidad se supera a través la incorporación al Derecho español de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, la cual, para garantizar su aplicación, establece en su artículo 27.1: “*Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 16 de noviembre de 2015*”.

La transposición de dicha Directiva da lugar a la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el nuevo Estatuto de las víctimas del delito (LEVD), que pretende incluir el catálogo de todos los derechos procesales y extraprocesales que han sido reconocidos a las víctimas. Esta Ley ha sido desarrollada por el RD 1109/2015, 11 de diciembre (REVD), cuyas disposiciones se aplican desde el 1 de enero de 2016 con arreglo a su Disposición Final tercera.

La finalidad de este nuevo Estatuto es proporcionar una herramienta lo más amplia posible que permita, no sólo la reparación a las víctimas, sino la minimización de cualquier otro efecto derivado del delito sufrido.

3.1. Concepto de víctima

El primer cambio que introduce este Estatuto de la Víctima se observa en el concepto mismo de víctima que se ve ampliado para incluir, no sólo a la persona que sufre el perjuicio (de cualquier tipo), sino también a la víctima indirecta que permite que las personas vinculadas a la víctima se beneficien del catálogo de derechos recogidos en la Ley.

Pese a la ampliación del concepto de víctima, este no llega a recoger todos los supuestos barajados en otros conceptos de víctima que se emplean a nivel Internacional, los cuales incluyen como víctima a aquellas personas que pudieran haber sufrido cualquier tipo de daños al intervenir para auxiliarla o tratar de evitar el delito y que sí ha sido recogido en Derechos autonómicos.

Un ejemplo es el Decreto 375/2011, 30 de diciembre, por el que se regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía, en cuyo artículo 2.2 estipula lo siguiente: “*A los efectos del presente Decreto se entiende por: a) Víctimas: [...] 3. ° Las personas físicas que hayan sufrido daños al asistir a las personas referidas en el párrafo 1º en el momento de la comisión de la infracción penal o para prevenir la victimización.*”

En el Estatuto de la víctima el legislador ha optado por no amparar a terceros que asisten mediante su expresa exclusión en previamente mencionado artículo 2 por medio de la siguiente afirmación: “*Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito*”.

Tampoco reconoce como víctima las personas jurídicas, a pesar de que sí había sido reconocida como tal en legislación previa, debido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como la de 28 de junio de 2007 (Sala Tercera), Dell’Orto¹⁴ o la de 21 de octubre de 2010 (Sala Segunda), Eredics y Sápi¹⁵.

Pese a que la Ley 4/2015 no refleja todos los supuestos de víctimas recogidas en el derecho comunitario hay que resaltar el hecho de que uno de los objetivos la misma es amparar de forma especial a determinados colectivos de víctimas necesitados de una especial protección, teniendo en cuenta ciertas circunstancias de vulnerabilidad como la edad, el estado físico o psíquico, la raza, el sexo o la orientación sexual, convivencia en determinados entornos familiares, u otros parámetros de índole social o cultural.

Esta situación de especial vulnerabilidad puede deberse, según indica HERRERA MORENO, a factores subjetivos, relacionales o situaciones¹⁶ que se han intentado suplir mediante el establecimiento de una serie de mecanismos de protección (art. 25 LEVD), haciendo hincapié en las medidas destinadas a la participación de menores y personas con discapacidad en el proceso penal (art. 26 LEVD).

3.2. Información a la víctima

Unos de las causas de la doble victimización que se ha definido en apartados previos del trabajo es el desconocimiento del funcionamiento del proceso y la falta de información. Dado que una de las finalidades de esta nueva normativa es reducir la victimización secundaria, se han incluido en la LEVD un amplio catálogo de derechos de la víctima y mecanismos de participación de la misma en el proceso cuya pretensión es la satisfacción de esa finalidad. Tanto el catálogo de derechos de las víctimas como los mecanismos potenciadores de su participación tienen importancia en la reparación completa a la víctima pero, debido a su amplitud, sólo se tratarán los que son de interés para el objetivo de este estudio.

Destacaremos el derecho de las víctimas a recibir en un “*lenguaje claro, sencillo y accesible*”¹⁷ en todas las fases del procedimiento la información necesaria para su participación activa en el proceso y su completa reparación.

¹⁴ Según declara la STJUE de 28 de junio de 2007 (Sala Tercera), Dell’Orto, C-467/05, Rec. p. I05557, apartado 54: “Interpretar la Decisión marco en el sentido de que también contempla a las personas jurídicas que, al igual que la parte civil en el litigio principal, alegan haber sufrido un perjuicio directamente causado por una infracción penal sería contrario al propio tenor del artículo 1, letra a), de dicha Decisión marco”.

¹⁵ Según declara la STJUE de 21 de octubre de 2010 (Sala Segunda), Eredics y Sápi, C-205/09, Rec. p. I-10231, apartado 30: “Interpretar la Decisión marco en el sentido de que solamente se refiere a las personas físicas no es tampoco constitutivo de una discriminación contra las personas jurídicas”.

¹⁶ Herrera Moreno, M., “La hora de la víctima”, p. 337.

¹⁷ España. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015, núm. 101, p. 36569.

Este derecho general ha sido desarrollado por el artículo 7 del RDEVD, el cual exige que esta información sea adaptada *“a las circunstancias y condiciones personales de la víctima, así como a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos”*, y que las autoridades y funcionarios en contacto con ellas se la faciliten por escrito abarcando todos los extremos previstos en la Ley (art. 5.1 LEVD).

Para garantizar que la víctima reciba la información, el nuevo Estatuto regula en sus artículo 27 y la función y funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las víctimas¹⁸ las cuales habían sido creadas por aplicación de la Ley 35/95, 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁹ y que coexistían con otras Oficinas de asistencia a víctimas de especial vulnerabilidad como lo son la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo²⁰. El que estos organismos de asistencia estén presentes en la nueva legislación facilita su actuación en condiciones de igualdad en todo el territorio del Estado.

Habría que resaltar la iniciativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía que ha regulado esta cuestión mediante el Decreto 375/2011, 30 de diciembre, por el que se regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (SAVA) creando un sistema de gratuito y de atención integral a las necesidades jurídicas, sociales y psicológicas de las víctimas.

3.3. Participación de la víctima

La Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la víctima, en su título segundo recoge los derechos que ostenta la víctima en el proceso penal para hacer efectiva su participación y contribuir a la satisfacción de sus necesidades. La participación abarca todo el proceso incluyendo la ejecución de la sentencia impuesta por el órgano judicial.

A. Inicio del proceso

Las víctimas tienen derecho a ejercer la acción penal o civil en base a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²¹ y a comparecer ante la autoridad competente

¹⁸ Desarrollado en los artículos 19 y ss del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

¹⁹ Artículo 16 de la .1 de la Ley 35/95, 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual: *“El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan”*.

²⁰ Creada por aplicación del artículo 51 de la Ley 29/2011, 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

²¹ Según lo indica el Artículo 100 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer*

para aportar las fuentes de prueba e información que estimen relevantes para su esclarecimiento²².

La acción civil, mediante la cual se procede a reparar a la víctima, puede ser ejecutada junto con la acción penal, en un proceso civil distinto o renunciar a la misma. El hecho de que el perjudicado no haya sido partícipe de la causa penal no implica que se haya renunciado a obtener una indemnización a través del ejercicio de la acción civil.

Su participación en el proceso se deriva de la posibilidad que le otorga el ordenamiento jurídico de personarse en el mismo como acusación particular mediante la representación de un abogado y un procurador.

Pese a esta facultad, si la víctima no quiere tomar parte en el proceso como acusación particular puede delegar en las Oficinas de Asistencia a la víctima que se han mencionado previamente según se establece en la disposición final primera de la Ley 4/2015, por la que se modifica el artículo 109 de la Ley de enjuiciamiento Criminal indica: *“En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas”*.

Pese a que la víctima no se persone en el procedimiento, el ordenamiento le reconoce el derecho a ser informada en caso de sobreseimiento del procedimiento²³, tanto si ha sido víctima directa como indirecta, disponiendo de un plazo de 20 días para recurrir la decisión judicial.

B. Fase ejecutoria

La participación no se limita a formar parte del proceso sino que se otorga el derecho de impugnar ante el Tribunales aquellas resoluciones que conciernan al cumplimiento de la sentencia ,es decir, la víctima, se haya personado en la causa penal o no, puede influir en la fase ejecutoria.

Algunas de las resoluciones impugnables por la víctima en la fase ejecutoria son:

- I. El auto por el que se concede el tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la condena (artículo 36.2 CP).

también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

²² Contenido del artículo 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

²³ Contenido del artículo 12 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; así como en el artículo 779 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- II. El auto del órgano judicial por el que se acuerdan los permisos de salida, la concesión del tercer grado y el cálculo de tiempo para la libertad condicional en función del cumplimiento de la condena.
- III. La resolución que concede la libertad condicional si se trata de los delitos a los que se refiere el artículo 36.2 CP.

Además de estas facultades, la víctima está legitimada para solicitar la imposición de medidas que garanticen su seguridad en caso de que exista una situación de peligro para ellas.

Esta participación activa en una fase que se había considerado como firme hasta entonces contribuye a la reducción de la victimización secundaria, como se refleja en el preámbulo de la Ley 4/2015, en delitos especialmente graves.

Como efectos secundarios, podría producirse un aumento de la confianza de la víctima en la justicia y su colaboración en el procedimiento.

4. La reparación a la víctima en Derecho comparado

Tras ver la posición de la víctima en el Derecho Español tras la transposición de la directiva 2012/29/UE, vamos a analizar si se ha transpuesto de la misma forma en el resto de países Europeos.

Comenzando con Francia, habría que destacar el hecho de que es el Estado es el responsable de la indemnización a las víctimas de los delitos de mayor gravedad mediante el Fondo de garantía de las víctimas de actos terroristas y otras infracciones²⁴ (FGTI) tras la ley de 6 de Julio de 1990 siguiendo el principio de solidaridad nacional.

Hay dos sistemas de indemnización²⁵:

- a) En el caso de víctimas de delitos graves contra la persona, se debe pagar la indemnización completa si el delito da lugar a muerte, incapacidad permanente o incapacidad de al menos un mes; si el delito consiste en la violación, agresión sexual, trata de seres humanos o delitos sexuales contra un menor de edad inferior a 15 años.
- b) En el caso de víctimas de delitos contra la persona que deriven en la incapacidad durante menos de un mes, y las víctimas de delitos contra la propiedad, la indemnización dependerá de los recursos y las circunstancias del autor o autores.

²⁴ En francés: *Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres infractions*.

²⁵ Atlas Judicial Europeo en Materia Civil-Derecho Nacional. http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cv_nationallaw_fr_es.htm.

Para que la víctima reciba la indemnización no tiene por qué estar presente en el proceso ni que el autor del delito sea identificado. Únicamente tiene que presentar una solicitud, llamadas Comisiones de Indemnización a las Víctimas²⁶ (CIVI), al Tribunal con las medidas probatorias del daño recibido en un plazo de tres años desde la comisión del delito o de un año tras la sentencia. Esta comisión abonada por el FGTI puede ser reembolsada por el autor.

La Ley de 1 de julio de 2008, creó el Servicio de Ayuda en la Protección de las Víctimas de Delitos²⁷ (SARVI) cuya finalidad es indemnizar a las víctimas con daños físicos leves o daños a la propiedad que no han sido reparados mediante las antes mencionadas CIVI. De esta forma, se reduce la victimización secundaria²⁸.

Al igual que en el sistema francés, en Italia existen los Fondos de solidaridad para la reparación a las víctimas en delitos de terrorismo y de criminalidad organizada²⁹, y en Inglaterra existe una institución denominada *Criminal Injuries Compensation Authority (CICA)* con la particularidad de que, si se recibe una indemnización por daños de, por ejemplo, una compañía de seguros, se deberá devolver el importe que se haya recibido de la CICA³⁰.

De otro lado está el sistema Norteamericano, en el que existe una separación del proceso penal y el proceso civil sin que exista la posibilidad de acumular acciones que se contempla en los derechos europeos que hemos visto.

Para obtener una indemnización, la víctima tiene que interponer en vía civil mediante una acción por “*torj*”³¹ debido a que el proceso penal se concibe como una relación entre el Estado y el autor del delito sin permitir la participación de la víctima en el proceso para garantizar un juicio “justo”.

Pese a esta clara separación, las resoluciones judiciales civiles pueden incluir cuotas de indemnización superiores al daño y las resoluciones judiciales penales pueden obligar a la reparación del daño (“*restitution order*”).

Se produce, por lo tanto, una interferencia entre la justicia civil y penal que se debe a la concepción de la sanción como una herramienta para modificar la conducta de los transgresores e influir en futuros comportamientos. Un pensamiento denominado “Law and economics”³².

²⁶ En francés: Commissions d'Indemnisation des Victimes d'Infractions.

²⁷ En francés: Service d'Aide au Recouvrement des Victimes d'Infractions.

²⁸ FONDS DE GARANTIE – SARVI. [Http://www.fondsdegarantie.fr/sarvi](http://www.fondsdegarantie.fr/sarvi).

²⁹ Burgos Ladrón de Guevara, J: “Breve comentario comparado al derecho a la indemnización de las víctimas en España, Francia e Italia”.

³⁰ Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil- Indemnización a las víctimas de delitos. [Http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_gen_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_gen_es.htm).

³¹ Barrineau, H.E.: Civil liability in criminal justice, Pilgrimage Press, Ohio, 1987.

³² Roig Torres, M: “La mediación penal en el derecho norteamericano y en el derecho alemán”.

CONCLUSIONES

De la comisión del delito se derivan el daño, ya sea personal o patrimonial, a la víctima y la victimización secundaria por la participación de la misma en el proceso penal.

El derecho a la indemnización viene referido, generalmente, a una compensación económica que recae sobre el autor del delito que ha ocasionado los daños y que se intenta asegurar, en la medida de lo posible, mediante la imposición de fianzas y medidas cautelares a los acusados.

Hemos visto que se impone el pago de fianzas en muy pocos procedimientos y la tasa de declaración de insolvencia es bastante elevada, por lo que hay un alto porcentaje de procedimientos (hasta un 36%) en los que la víctima no recibe reparación económica tras haber soportado un largo y complicado procedimiento judicial.

Habiendo analizado el Derecho Comparado, hemos comprobado que en otros Estados, como Francia o Reino Unido, existen unos fondos estatales cuya finalidad es la reparación a la víctima que no habría recibido indemnización de otra forma.

En España sólo se prevé el pago estatal en delitos de carácter sexual y se podría extender a otros delitos de especial gravedad como en el caso de Francia.

Con respecto a la victimización secundaria que experimentan las víctimas que participan en el proceso penal (optando por un sistema diferente al establecido en Norteamérica), se ha aumentado su participación en el mismo con el objetivo de aumentar su confianza en el sistema judicial.

Pese a esta mejora de la posición de la víctima en el sistema, la victimización secundaria sería ampliamente reducida y se incrementaría el porcentaje de reparaciones, si se fomentase la mediación entre acusado y víctima.

En este sentido hay mucho que mejorar debido a que, en el conjunto de datos analizado en este proyecto, no ha habido ningún caso en el que se haya realizado una mediación entre ambas partes.

BIBLIOGRAFÍA

- Von Henting, H, 1979. *"The criminal and his victim"*.
Dolores, M., Peinado, B (2013). *"En materia de protección a las víctimas en la Unión Europea"*.
Landrove Díaz, G, 1998. *"La moderna victimología"*
Fattah, E.A. 2000, *"Victimology: Past, Present and Future"*, Criminologie, vol. 33, no. 1
Drapkin, i, 1964 *"El Derecho de las Víctimas"*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
Daza Bonachela, M (2014). *"Victimología hoy, Derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España"*. Universidad de Granada, España.

- García Rodríguez, M.J (2016). *“El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- Herrera Moreno, M., *“La hora de la víctima”*.
- Burgos Ladrón de Guevara. J: *“Breve comentario comparado al derecho a la indemnización de las víctimas en España, Francia e Italia”*.
- Barrineau, H.E (1987): *“Civil liability in criminal justice”*.
- Roig Torres, M: *“La mediación penal en el derecho norteamericano y en el derecho alemán”*
- Fonds de Garantie – Sarvi. [Http://www.fondsdegarantie.fr/sarvi](http://www.fondsdegarantie.fr/sarvi).
- Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil- Indemnización a las víctimas de delitos. [Http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_gen_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_gen_es.htm).

Capítulo XXI

LAS INDEMNIZACIONES DE LA LEY 35/1995

Inmaculada Ramírez Rodríguez

1. LA COMPENSACIÓN ESTATAL A LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS

1.1. Regulación

La normativa existente en nuestro país sobre la víctima de un delito y su reparación por el daño ocasionado, ha tenido especial repercusión en el desarrollo y reconocimiento legal y social de la Victimología. Como se señaló anteriormente, pese a que el responsable del delito está obligado a responder civilmente por los daños irrogados, es necesario que el Estado ofrezca una respuesta en aquellos supuestos en los que la víctima no puede recuperar su situación económica anterior por causas ajenas a la misma.

En el plano de las ayudas a las víctimas de delitos por parte del Estado, es la Ley 35/1995¹, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (LAAVD), la que regula este ámbito, así como su normativa de desarrollo por medio del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas.

La reparación a la víctima ha sido un objetivo perseguido dentro del proceso penal que ha cobrado gran importancia en el plano internacional. Especialmente en el marco europeo ha sido a raíz del desarrollo de distintos instrumentos, siendo el Convenio Europeo sobre Indemnización de víctimas de infracciones violentas de 24 de noviembre de 1983 (Convenio 116 del Consejo de Europa sobre indemnización a las víctimas de in-

¹ BOE núm. 296, de 12 de diciembre. Esta ley ha sido modificada por: la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 315, de 31 de diciembre); la Ley 38/1998, de 27 de noviembre, por la que se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (BOE núm. 285, de 28 de noviembre); la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE núm. 266, de 4 de noviembre); la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE núm. 311, de 23 de diciembre); la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre) y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (BOE núm. 315, de 30 de diciembre).

fracciones violentas) uno de los más relevantes, junto a la Directiva del Consejo de la UE 2004/80/CE de 29 de abril de 2004, sobre la Indemnización a las víctimas de delitos.

La Ley 35/1995, surge a raíz del citado Convenio 116, así como por el régimen indemnizatorio existente para víctimas de delitos terroristas². También es determinante para su desarrollo la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal³.

En general, se había venido reclamando la intervención del Estado como responsable civil subsidiario desde las recomendaciones del Convenio 116 del Consejo de Europa⁴ y así se ha ido reconociendo en el ámbito internacional en diversos instrumentos que analizaremos detalladamente en el capítulo tercero. Con la adhesión de España a este Convenio, se pretendía que las víctimas tuviesen una situación paritaria a los países vecinos que ya contaban con este tipo de sistemas.

1.1.1. Antecedentes

Hasta la aprobación de la Ley 35/1995, el Estado solo se hacía cargo del resarcimiento económico de los daños causados por actos terroristas en virtud de lo dispuesto por el RDL de 26 de enero de 1979, de Protección de la Seguridad Ciudadana⁵. Esta normativa dio lugar a numerosas críticas por parte de la doctrina ya que era considerada insuficiente y tardía, además de ser sectorial, en la medida en que solo se refería a los daños causados por actos terroristas⁶. Al margen de ella, solo existía normativa parcial como la Ley 52/1984, sobre la responsabilidad del Estado por daños sufridos por personas no identificadas contra medios de transporte extranjero, o el RD 336/1986 y la Ley 33/1987, que contemplaba la responsabilidad estatal por daños personales cometidos por bandas armadas o terroristas.

A su vez, en ocasiones se reservaban partidas presupuestarias como el “Plan del síndrome Tóxico” que se destinaban a las víctimas de tragedias como en el conocido “Caso de la Colza”⁷.

² Este régimen está contemplado actualmente en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo.

³ MANRIQUE CABRERO, J.C., “Estudio de la normativa...”, *ob. Cit.*, págs. 7 y ss.

⁴ ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad...*, *ob. Cit.*, pág. 157.

⁵ Esta normativa fue modificada posteriormente pero solo con el fin de elevar la cuantía de la compensación y para precisar y aumentar los casos que podían ser beneficiarios de estas ayudas, pero limitando la indemnización a los perjuicios que causasen daños corporales. El RD 673/1992 de 19 de junio de 1992, cumpliendo con lo establecido en la disposición adicional decimonovena de la ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, extendió esa compensación a los daños materiales causados en la vivienda habitual de las personas físicas, pero solo respecto a víctimas de actos terroristas.

⁶ ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 326.

⁷ MARTÍN RÍOS P., “La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* Vol. II - N. 3 - septiembre-diciembre, 2008, pág. 8.

De otro lado, se desarrolló la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, vinculada a los Juzgados de lo Penal y a la modificación de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, con la que se crearon las bases que guían hoy nuestro sistema como son: el principio de celeridad para eliminar dilaciones que perjudican a las víctimas; se determina al Ministerio Fiscal como órgano para velar por las garantías procesales del investigado y la protección de la víctima y se potencia el sistema de información y participación de los perjudicados en el proceso.

A su vez, tiene lugar la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, cuyo objeto es crear programas de asistencia para las víctimas-testigos y la salvaguarda de quienes deben cumplir con el deber de colaborar con la justicia⁸.

1.1.2. Otras leyes victimales

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se desarrolló con el fin de introducir una serie de reformas y garantizar “*racionalidad y mayor control en la gestión de los recursos destinados a la cobertura de los gastos sociales*”, entre lo que se incluía en los artículos 93 a 96, el régimen de resarcimientos por actos terroristas, lo cual se desarrolló a través del RD 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas y Resarcimiento a las Víctimas de Delitos de Terrorismo y que deroga el RD 673/1992, de 19 de junio. El fin era mejorar cualitativa y cuantitativamente las ayudas, creando un sistema de “*asistencia integral personalizada a las víctimas de delitos de terrorismo*”.

A su vez, surge la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas de terrorismo¹⁰, cuyo fin era hacer efectivo el derecho de los perjudicados a ser indemnizados por la responsabilidad civil derivada y dar testimonio de honor y reconocimiento a aquellos que han sido víctimas de actos de terrorismo. El Estado asumía con carácter extraordinario el resarcimiento de los daños físicos o psicológicos mediante el pago de las indemnizaciones que hubiesen sido fijadas en la Ley, siempre y cuando en virtud de sentencia firme, se reconociese tal indemnización. Además, se daba la posibilidad de que recibiesen ayudas compatibles con pensiones, otras ayudas o resarcimientos que recibiesen al amparo de la legislación de ayuda a las víctimas del terrorismo u otras disposiciones, aunque no hubiese recaído sentencia firme siempre que hubiese sido acreditada ante la Administración General del Estado los presupuestos legales oportunos.

⁸ MORILLAS FERNANDEZ D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, M^a, AGUILAR CÁRCELES, M. ^a, *Victimología: un estudio sobre...*, ob. Cit. págs. 290 y ss.

⁹ ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño...*, ob. Cit., pág. 328.

¹⁰ BOE núm. 242, de 9 de octubre de 1999. Posteriormente fue modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social y la Ley 2/2003, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 32/1999.

Posteriormente el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, sustituye a otros textos normativos anteriores (como el RD 1211/1997) y establece un catálogo de daños resarcibles y ayudas de diversa índole para eliminar los daños ocasionados. Años más tarde, se desarrolla la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, una ley cuyo objeto es similar a las leyes anteriores pero que engloba y fortalece los derechos, resarcimientos y medidas de protección a las víctimas de estos delitos en concreto.

Al margen de las víctimas de terrorismo, se han desarrollado también instrumentos relativos a las víctimas de violencia de género. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en atención a los anteriores Planes de Acción contra la violencia doméstica, trata de ser una norma multidisciplinar que recoja herramientas y medios de lucha y prevención de la violencia de género y que pretende entender a este colectivo de víctimas y establecer un conjunto de medidas en atención a su protección, resarcimiento y ayuda.

2. LA LEY 35/1995 DE 11 DE DICIEMBRE, DE AYUDAS Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La preocupación y las críticas recibidas por el legislador por olvidar a las víctimas de otros delitos violentos que no lo fuesen por actos terroristas, hace que sea necesaria una respuesta estatal orientada al problema social, no solo para prevenir el delito, sino para remediar los perjuicios ocasionados en un ámbito más generalizado. Así, debían considerarse aquellos casos en los que otros tipos de delitos violentos debían tener la misma consideración por parte del Estado¹¹, y por tanto, en lo que económicamente nos preocupa, el acceso a los recursos públicos para la compensación del daño derivado.

Con la Ley 35/1995 se generaliza el planteamiento previsto para los delitos terroristas y se da la posibilidad de obtener una ayuda pública a aquellos que sean víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual que cumplan con las precisiones establecidas.

Con esta ley, España pasa a formar parte del conjunto de países de su entorno que disponen de una normativa que regula la compensación económica y la asistencia a las víctimas de delitos en atención a las exigencias del ordenamiento jurídico internacional y específicamente, europeo¹². Sin embargo, a nuestro juicio, esta Ley cuenta con im-

¹¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, Fundació Jaume Callís, Barcelona 1994, págs., 91 y 92. Se indica además que “la experiencia de resarcimiento para las víctimas del terrorismo tendría que servir como ensayo para la implantación de un sistema generalizado de indemnización a cargo del estado”, cit. Por ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*, ob. Cit., págs. 336-338.

¹² El Preámbulo de la Ley se refiere en concreto al Convenio 116 del Consejo de Europa y a la Recomendación del Comité de Ministros de dicho Consejo de 28 de junio de 1985 y se menciona específicamente a la

portantes restricciones que limitan el alcance real de este tipo de ayudas. A continuación, analizaremos los distintos postulados de dicha Ley.

Tiene dos campos de actuación concretos, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de los delitos contemplados, desarrollado por el RD 738/1997 y, por otra, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos cuyo fin es la atención generalizada en los ámbitos jurídico, psicológico, económico y social¹³. Bajo estas premisas analizaremos los presupuestos necesarios para que puedan aplicarse las disposiciones de esta norma y otorgarse este tipo de ayudas.

2.1. Naturaleza de la compensación

Un análisis del preámbulo de la Ley, en consonancia con el artículo 1, nos ayuda a entender el objeto de la misma, que es, otorgar una ayuda pública económica y/o asistencial, a las víctimas, tanto directas como indirectas, de los delitos dolosos y violentos cometidos en España con resultado de muerte, o bien, cuyo efecto sean lesiones o daños graves para la salud física y mental. También se incluye a aquellos que sufran las consecuencias de los delitos contra la libertad sexual “*aun cuando estos se perpetraran sin violencia*”¹⁴.

De este modo se establece un concepto legal de “ayuda pública” con el que se busca establecer diferencias con otro tipo de figuras compensatorias, especialmente con la indemnización. Por tanto, las disposiciones de esta Ley no son aplicables ni afectan a la responsabilidad civil derivada del delito, directa o subsidiaria, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su doctrina reiterada desde la sentencia de 19 de diciembre de 1997 (F.J. 6º)¹⁵.

legislación anglosajona por ser pionera en este ámbito. Además, esta Ley amplía el ámbito de aplicación al que se refiere el citado Convenio puesto que incluye a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, aun cuando no revistan carácter violento.

¹³ A todos estos campos algunos autores lo definen como *victimasoistencia* entendiendo por tal “*el conjunto de actuaciones dirigidas a ofrecer la ayuda inmediata necesaria para resolver o atenuar los problemas jurídicos, psicológicos, sociales o económicos que se derivan de la victimización*”. En este sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M., (Coords.): *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 407 Y 408., y GARCÍA RODRÍGUEZ M.J., *La protección jurídica de la víctima en el Sistema penal español* Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015.

¹⁴ Art. 1.2. de la Ley 35/1995.

¹⁵ FJ 6º: “*La cita realizada por el Abogado del Estado del artículo 2.3 de la Ley 35/95 de 11 de diciembre de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, no sirve para solucionar el presente caso en cuanto que, como se dice en la Exposición de Motivos, el concepto legal de ayudas públicas, contemplado en esta ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume, sea una indemnización, ya que, este no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley, por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas, -plenamente recogido en nuestro ordenamiento-, referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira. La Ley trata de ordenar y regular*

A lo largo del tiempo se ha explicado este concepto de ayuda con base a distintos criterios. De un lado se ha hablado del “contrato social” entre el Estado y el ciudadano por medio del cual, este último, renuncia a la autotutela a cambio de la protección del primero y es por ello que, en el caso de los delitos, el Estado tiene la obligación de restablecer a los ciudadanos a su situación anterior. De otro lado, se ha argumentado con base en la idea de bienestar social, entendiendo que la reparación del Estado es una obligación que surge a partir de la aparición del Estado Social. Ambos pensamientos usan argumentos basados en el principio de Solidaridad Social al que alude la exposición de motivos de la Ley, así como la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En un primer momento se concibió la compensación estatal como un refuerzo a la responsabilidad civil que vendría a perfeccionar este sistema, si bien, en la actualidad, se pretende desligar la compensación de dicha construcción civil, considerándola como un recurso disponible en aquellos casos en los que la responsabilidad civil fracase¹⁶. El Estado no es el responsable civil del delito, pues el daño no lo causa directamente la Administración y tampoco son prestaciones asistenciales de la Seguridad Social, por lo que no asumirá de manera sustitutoria las indemnizaciones fijadas por el delito. Si bien, tiene la obligación de garantizar el bienestar social, lo cual implica satisfacer un contenido mínimo de resarcimiento conectado con la acción civil *ex delicto*¹⁷.

La Circular número 2/1998, de 27 de octubre de la Fiscalía General del Estado se refiere a la naturaleza jurídica de estas ayudas y señala que son “*un tertium genus o figura sui generis de obligación resarcitoria de naturaleza especial que el Estado se impone a sí mismo por el título específico de la Ley 35/1995, que no se identifica ni con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ni con las prestaciones de la Seguridad Social, sino que integran un intento de socializar el riesgo derivado de la delincuencia violenta y sexual como muestra de solidaridad con las víctimas...de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa de Estrasburgo de 24 de noviembre de 1983, garantizan un mínimo de cobertura económica mediante la actividad subvencional que despliega el Estado para que circunstancias ajenas a la víctima..., no desencadenen una situación material de desasistencia difícilmente conciliable con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho*”.

las ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, declarando expresamente que la percepción de ayudas reguladas en la presente Ley, no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia (Artículo 5.1), sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial. Sigue vigente, por tanto, el régimen específico que para las indemnizaciones ha mantenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala sin que se vea afectada por las disposiciones de la mencionada Ley que, como ya se ha dicho, se limita a regular el sistema de ayudas y asistencia debida a las víctimas de los hechos delictivos”.

¹⁶ BUENO ARÚS, F., “Divagaciones sobre la víctima del delito”, 1957, pág. 9; y “La atención a la víctima”, pág. 308 y ss., y RODRIGO RAMÍREZ, G.: “La victimología. Estudio de la víctima del delito, su función en la prevención y control de la criminalidad”, págs. 3 y ss.

¹⁷ ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad...*, ob. Cit., págs. 158 y ss.

Por tanto, podemos decir que se trata de una obligación que el Estado se impone a sí mismo por la Ley 35/1995, distinta a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de las de la Seguridad Social, pero que responde al principio de solidaridad social para y con respecto a las víctimas. Este tipo de ayudas son subsidiarias e incompatibles respecto a la indemnización fijada en la sentencia. Su fin no es otro que el de otorgar una cobertura económica para evitar los casos en los que por causas ajenas a la víctima (desconocimiento del responsable, insolvencia, crisis anticipada del proceso penal por su archivo o sobreseimiento) se produzca una situación de falta de asistencia.

En el caso de las ayudas para las víctimas de terrorismo el Tribunal Supremo, determinaba que se trataba de “*prestaciones asistenciales de naturaleza especial, que constituyen un tercer género entre la responsabilidad extracontractual de la Administración y la Seguridad Social y que nacen como derechos de previsión legislativa y por razones de carácter ético y de justicia material*”¹⁸. Esa misma naturaleza es la que se ha reconocido para las ayudas recabadas en la Ley 35/1995, a lo que la doctrina ha defendido que son prestaciones de naturaleza especial, un “*tercer género entre la responsabilidad extracontractual de la Administración y la Seguridad Social*”¹⁹.

Ahora bien, existen algunos inconvenientes que, a nuestro juicio, señala Martín Ríos acertadamente, respecto al hecho de que no se reconozca este tipo de ayudas como una consecuencia directa de un incumplimiento cometido por el Estado o un funcionamiento defectuoso a instancias de la prevención del delito, esto es, de alejarse del concepto de “responsabilidad civil estatal”. Por un lado, implica que la satisfacción depende de la iniciativa de parte, lo que diferencia del régimen civil puesto que corresponde al propio Ministerio Fiscal plantear la acción civil acumulada al proceso penal, siempre que no se haya reservado o renunciado. Además, existen limitaciones establecidas por esta Ley que no se observarían si se siguiese este otro concepto, que se explicarán con más detalle a continuación²⁰.

2.2. Ayudas públicas

En atención al concepto de víctima antes señalado, estas ayudas se reconocen a las víctimas de delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, así como los de na-

¹⁸ STS de 16 de noviembre de 1983; STS 3 junio 1985; STS 21 de mayo de 1987; STS 19 diciembre 1997.

¹⁹ MANRIQUE CABRERO, J. C., “Estudio de la normativa...” *ob. Cit.*, págs. 7 y ss. También en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *La protección jurídica de la víctima...*, *ob. Cit.*, pág. 461 y VILLAMERIEL PRESEN-CIO, L. P., “Aproximación al sistema español de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, núm. 12, mayo-agosto, 1996, pág. 91.

²⁰ En este sentido, no se diferenciaría entre conductas dolosas e imprudentes, ni en función de la situación económica del beneficiario para determinar la cuantía. A su vez, se cubrirían tanto los daños materiales y/o morales derivados del delito, y no se haría incompatible este régimen con el de otro tipo de indemnizaciones que cubran el mismo concepto.

turaliza sexual aun cuando no hubiese mediado la violencia (art. 1 de la Ley 35/1995). Con ello, debemos analizar los presupuestos básicos contemplados en la Ley:

Territorialidad

Se sigue un criterio de estricta territorialidad, esto es, delitos cometidos en España excluyendo de su ámbito aquellos que tengan lugar fuera del territorio español que sí pudieran ser enjuiciados por la jurisdicción española en virtud de lo dispuesto en los artículos 22 a 23 de la LOPJ.

Delitos incluidos

Se incluyen delitos violentos intencionados con resultado de muerte o lesiones graves tanto físicas como mentales y delitos contra la libertad sexual, aun cuando fueren sin violencia.

De este modo quedan excluidos los delitos imprudentes justificando el legislador la inadmisión por la inviabilidad económica. El Convenio del Consejo de Europa y la mayoría de la legislación comparada se refieren también solo a delitos intencionales. También quedan excluidos los delitos de carácter económico-patrimonial²¹ y que en no pocas ocasiones pueden dejar a las víctimas en situaciones verdaderamente precarias²².

En cuanto al concepto de muerte, lesiones y daños, debemos hacer las siguientes precisiones: debe tratarse de lesiones “graves”, esto es, aquellas que afecten a la integridad corporal o salud física o mental y en todo caso, que incapaciten con carácter temporal o permanente a la persona que las hubiera sufrido. En atención a la legislación de la Seguridad Social, se considerará incapacidad permanente aquella que suponga como tal un grado de minusvalía de al menos el 33%. Las lesiones corporales o mentales, siguiendo lo establecido en la normativa de la Seguridad Social, habrán de tener entidad suficiente como para declarar la invalidez permanente en cualquiera de sus grados o una situación de incapacidad temporal superior a seis meses. No se incluyen en este ámbito los daños materiales ocasionados por la infracción penal, a diferencia de lo que ocurre para el caso de las víctimas de terrorismo. Respecto a los daños morales, la ayuda tampoco contempla conceptos como el dolor o el sufrimiento padecido, a diferencia de otros países como Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Reino Unido, Suecia o Luxemburgo.

²¹ MANRIQUE CABRERO, J. C., “Estudio de la normativa...”, *ob. Cit.*, pág. 9.

²² A modo de ejemplo podríamos hablar de un delito de estafa, que, aunque no sea violento ni causante de daños corporales pueden dejar a la víctima en situaciones precarias. También en los delitos de daños, que, sin causar daños físicos, podrían dejar a la víctima en tal situación que necesitase protección, por ejemplo, si se hubiese afectado gravemente a su vivienda familiar.

El legislador justifica este tipo de limitaciones en la exposición de motivos de la Ley, amparándose en que se pretende empezar por los delitos cuyo resultado considera de máxima gravedad *“con el propósito de avanzar de forma rigurosa y selectiva, cubriendo inicialmente los daños más graves, pero afianzando la convicción social de que esta función deber ser paulatinamente ejercida por el Estado”*. Así, se hace referencia a una posible ampliación de la aplicación de la Ley, aunque a día de hoy, no se ha experimentado ningún cambio a este respecto.

Beneficiarios:

En virtud de lo establecido en el artículo 2 de la Ley, en primer lugar, se señala que tendrán derecho a estas ayudas quienes sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la UE o bien, quienes residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas. Estos últimos deberán invocar su legislación aplicable conforme al art. 12.6 CC, siendo la Administración la que verifique el contenido y vigencia del Derecho extranjero y determine su analogía²³.

En segundo lugar, se diferencia entre la víctima directa, esto es, la persona que sufre lesiones corporales graves en su propia salud física y/o mental como consecuencia directa del delito, o bien, la víctima indirecta, definida expresamente por el legislador para esta Ley estableciendo que pueden serlo:

1. el cónyuge del fallecido, sino estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera convivido con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante al menos, dos años anteriores al fallecimiento, con la excepción de que tuviesen descendientes comunes, que bastará con la mera convivencia²⁴;

²³ El CGPJ en el “Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos” (Pleno del 5 de abril de 1995) en *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 123, Madrid, mayo 1995, p. 67, determina que esto cumple con las exigencias de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establecidas en la Sentencia de 2 de febrero de 1989 en el Asunto Ian William Cowan, respecto al principio de no discriminación derivado del Tratado CEE, en virtud del cual *“Un Estado miembro no puede subordinar la concesión de una indemnización estatal para la reparación de la víctima de un agresión en dicho Estado, a condiciones tales como la posesión de carta de residencia o la existencia de reciprocidad con el país de origen, en lo que se refiere a personas a las que el derecho comunitario garantiza la libertad de circulación”*. Este caso será analizado más adelante.

²⁴ Si bien, es importante reseñar lo establecido en el art. 1.2. del RD 738/1997 que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *“no tendrá la consideración de beneficiario, a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley, quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la fallecida fuera su cónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”*.

2. los hijos del fallecido, que dependieran económicamente de él, de los cuales se presume que lo son los hijos del fallecido menores de edad y los mayores incapacitados²⁵, con independencia de su filiación o condición de hijos póstumos;
3. los hijos que no lo son del fallecido y lo fueran de las personas incluidas en el apartado a) anterior, cuando dependan económicamente de él;

En virtud de lo establecido en el art. 5 del RD 738/1997, se entiende que existe dependencia económica cuando el beneficiario esté conviviendo con este a sus expensas y en la fecha del fallecimiento no perciba, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente.

A su vez, se ha determinado que el requisito de la convivencia continúa existiendo para las personas mencionadas si estuvieran separadas transitoriamente por razones de estudios, trabajo, tratamiento médico o causas similares²⁶.

4. en defecto de las personas anteriores, lo serán los padres del fallecido si dependieran económicamente de él. Se entiende que dependen económicamente cuando conviviesen con el fallecido a sus expensas y no percibieran conjuntamente, con independencia del régimen económico matrimonial en cómputo anual, rentas o ingresos superiores al 225 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente. Si solo viviese uno de los padres se considera que es dependiente económicamente cuando viviera a sus expensas y no perciba en cómputo anual rentas o ingresos superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional en cómputo anual²⁷.

Cabe destacar ciertas exclusiones como los nietos, hermanos y abuelos de la víctima, los cuales, sí son reconocidos como beneficiarios de las indemnizaciones por actos terroristas, al igual que en otros países, como por ejemplo, en los programas de estados norteamericanos, que se suele incluir a todos o alguno de estos²⁸.

Estamos de acuerdo con la opinión defendida por Roig Torres y García Rodríguez, de que la limitación a estos beneficiarios, reduciendo lo establecido para los delitos por actos terroristas, supone una discriminación que perjudica a los familiares de las víctimas de delitos violentos que no lo sean por dicha categoría.

Respecto a esto, debemos analizar qué es lo que ocurre en caso de concurrencia de víctimas indirectas, para lo que estaremos a lo dispuesto en el art. 4 del RD 738/1997. Cuando concurre el cónyuge del fallecido no separado legalmente, con la persona que

²⁵ Esto es así desde la modificación introducida en el art. 2.3. b) de la Ley 35/1995 por la Disposición Final 5ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, e Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

²⁶ Art. 5.3. RD 738/1997

²⁷ Artículo 5.2. RD 738/1997.

²⁸ Como señala ROIG TORRES M., *La reparación del daño...*, ob. cit., pág. 341, un ejemplo sería la legislación de Florida "*Criminal Procedure & Corrections Victim Assistance*".

conviviese en los términos establecidos en el artículo 2.3 párrafo a) de la Ley, la condición de víctima indirecta la tendrá el cónyuge no separado legalmente. Si bien, si hubiese hijos que no lo son del fallecido, pero sí de la persona que hubiera convivido con el mismo, estos también serán beneficiarios como víctimas indirectas, siempre y cuando dependieran económicamente del fallecido. Si concurren el cónyuge o persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido junto a los hijos de este, la ayuda se dividirá en dos mitades, una para los primeros y otra que se distribuirá entre los hijos por partes iguales.

Cuando concurren solo los hijos, la distribución de la cantidad se dividirá por partes iguales e igualmente sucede respecto a los padres del fallecido, salvo en los casos en los que solo exista uno, que será quien perciba el importe total (art. 2.4 de la Ley).

No obstante, el artículo 3.1 de la Ley 35/1995, junto a las precisiones establecidas en el artículo 7 del RD 738/1997, se señala que esta ayuda podrá denegarse o reducirse *“cuando su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público debido a la participación en el hecho delictivo”*. En concreto, existen dos limitaciones que deberán quedar establecidas por sentencia:

- A. Cuando el comportamiento del beneficiario hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios.
- B. Por las relaciones del beneficiario con el autor del delito, o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas.

Si bien, a pesar de que el fallecido a causa del delito incurriese en alguna de estas circunstancias, sí podrán considerarse como beneficiarios aquellas víctimas indirectas si les dejase en una situación de desamparo económico; a saber, cuando conviviese con el fallecido y a sus expensas, siempre que sus ingresos no superen el 50 por 100 del salario mínimo interprofesional.

El Convenio Europeo sobre Indemnización a las víctimas de delitos Violentos, prevé una disposición semejante en su artículo 8 estableciendo limitaciones con base en la conducta del destinatario de la compensación, al igual que diversas normas establecidas en el marco de la UE. Si bien, una de las ventajas de la normativa española es que precisa detalladamente los supuestos o razones que permiten la exclusión o limitación, por lo que no deja lugar a dudas. Además, tampoco incluye ciertas limitaciones como la falta de colaboración de la víctima en la investigación como sí se hace en la legislación anglosajona o en el Derecho alemán²⁹.

²⁹ No obstante, algunos autores como HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Ed. EDESA, Madrid, 1996, págs., 308-309, o PUYOL MONTERO, F.J., “Noticia de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, núm. 4045, 28 de mayo de 1996, pág., 4, consideran que en los términos establecidos para los supuestos de denegación o reducción en atención a la equidad o al orden público, existe una gran ambigüedad en la práctica, que dificulta la concreción de los supuestos y origina cierta inseguridad jurídica.

Con todo ello, podemos concluir que la Ley 35/1995 establece un ámbito subjetivo con criterios limitadores de los beneficiarios. La exclusión de aquellos que hayan sido víctimas de delitos imprudentes, supone dejarlas fuera de estas ayudas aun cuando las consecuencias hayan tenido una entidad importante³⁰. Además, solo serán beneficiarias las víctimas de delitos violentos con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud tanto física como mental, a excepción de los delitos contra la libertad sexual que no se exige el requisito de ser practicados con violencia.

En cuanto a las víctimas indirectas, solo se incluyen las que dependiesen económicamente del fallecido, dejando de lado a aquellos que no cuenten con dicha condición a pesar de que puedan existir graves perjuicios para ellos. A estos les quedaría el ejercicio de la acción civil, pero el problema es que no existe ningún tipo de fondo público que atienda a los casos de insolvencia del responsable civil que les pueda cubrir sus necesidades.

Incompatibilidades

Uno de los aspectos a los que debemos hacer especial hincapié, es la existencia de un régimen de incompatibilidades -regulado en el artículo 5 de la Ley, que establece como presupuesto principal que estas ayudas no podrán percibirse en los casos en los que haya tenido lugar el pago de la indemnización por daños y perjuicios causados por delito establecida en sentencia. Solo podrá tener lugar la recepción de este tipo de ayudas, en todo o en parte, cuando el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, en cuyo caso, nunca podrá percibirse un importe total mayor al fijado como indemnización. A diferencia de ello, esta limitación no está incluida en el régimen de ayudas a las víctimas de actos terroristas.

También será incompatible la recepción de esta ayuda cuando la indemnización sea pagada por un seguro privado, si bien, sí corresponderá en esos casos cuando el importe de la indemnización a recibir fuera inferior a la fijada en la sentencia, sin que la diferencia supere el baremo fijado (art. 5.2).

A su vez, en el caso de que se haya declarado la incapacidad temporal, será incompatible con el subsidio de la seguridad social recibido en tal concepto (art. 5.3).

Sin embargo, en los supuestos de lesiones o daños determinantes de la incapacidad permanente o muerte, la percepción de las ayudas será compatible con la de cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a recibir, siendo compatible la ayuda de incapacidad permanente con la de incapacidad temporal. Esto también sucede para los casos de delitos contra la libertad sexual, a los que se otorga una ayuda para gastos de tratamiento terapéutico, que será compatible con la ayuda por las lesiones o daños producidos que den lugar a una incapacidad temporal o permanente.

³⁰ Dinamarca, Finlandia, Reino Unido, Irlanda y Suecia sí cubren los daños no intencionados.

A esto, hay que añadir lo recogido en la disposición adicional segunda, según la cual, las prestaciones no serán compatibles con los resarcimientos derivados de daños ocasionados a víctimas de bandas armadas o terroristas, así como la disposición adicional tercera, que excluye los daños y perjuicios contemplados por la Ley 52/1984, de 26 de diciembre, de Protección de Medios de Transporte por Carretera que se hallen en Territorio Español Realizando Viajes de Carácter Internacional.

Por último, cabe destacar que todas las ayudas previstas en esta ley, serán compatibles con las ayudas económicas a las que tienen derechos las mujeres que hayan sido víctimas de violencia de género, reguladas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género en su artículo 27.

La cuantía

Para determinar la cuantía exacta a recibir en cada caso, habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley³¹.

³¹ Art. 6. Criterios para determinar el importe de las ayudas:

1. El importe de las ayudas no podrá superar en ningún caso la indemnización fijada en la sentencia. Tal importe se determinará mediante la aplicación de las siguientes reglas, en cuanto no supere la cuantía citada:
 - a) De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses.
 - b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al salario mínimo interprofesional mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala:
Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades.
Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades.
Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades.
Gran invalidez: ciento treinta mensualidades.
 - c) En los casos de muerte, la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento.
 2. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:
 - a) La situación económica de la víctima y del beneficiario
 - b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y del beneficiario.
 - c) El grado de afectación o menoscabo que sufra la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1 b) de esta Ley.
 3. En el supuesto contemplado por el artículo 2.5 de esta Ley, la ayuda consistirá únicamente en el resarcimiento de los gastos funerarios que hubieran satisfecho efectivamente los padres o tutores del menor fallecido, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.
 4. En los supuestos de delitos contra la libertad sexual que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por ella, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.
- Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal.
- En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.

En primer lugar, como ya se ha señalado, el importe de las ayudas no puede superar la cantidad fijada en sentencia para la indemnización. Dentro de este límite, si fijan unas cuantías máximas que serán las de las clases de incapacidad señaladas en la legislación de la Seguridad Social, esto es, diferenciado entre incapacidad temporal o permanente (parcial, total, absoluta o gran invalidez)³². Lo mismo sucede en el caso de fallecimiento de la víctima. Una vez determinados estos importes máximos, la cantidad se obtiene al aplicar coeficientes correctores en atención a la situación económica de la víctima y del beneficiario, al número de personas dependientes económicamente y al grado de afectación o menoscabo sufrido³³.

Cabe destacar que cuando el fallecido fuese menor y los beneficiarios los padres del mismo, la ayuda únicamente será por el importe de los gastos funerarios, con el límite máximo de cinco mensualidades del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) tal y como dispone el artículo 16. Esto ha sido objeto de numerosas críticas tanto por víctimas, abogados y psicólogos que forman la Asociación de Víctimas de Delitos Violentos, por la escasa ayuda que reciben los padres cuyos hijos han sido víctimas de actos delictivos³⁴.

Otra especialidad en relación a la cuantía es que en el caso de delitos contra la libertad sexual que afectasen a la salud mental de la víctima, además de la ayuda econó-

³² El CGPJ determina en su "Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Ayudas..." *ob. Cit.*, pág. 68 que esta solución legal se remite a la normativa de la Seguridad Social y busca la objetivación de las secuelas y la similitud de tratamiento entre los distintos supuestos susceptibles de ayuda pública.

³³ En el siguiente enlace de la página del gobierno, quedan recogidos los criterios a tener en cuenta para fijar la cuantía según los daños ocasionados: MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Clases pasivas*, en <http://www.clasespasivas.sepg.pap.minhfp.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/PensionesPrestaciones/victimasdeltos/Paginas/ClasesdeAyudas.aspx> (última fecha de consulta 04.05.2017)

³⁴ El Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia de 24 de enero de 2014 (STS 282/2014), sobre el régimen de ayudas previsto en la Ley 35/1995 para los padres de los menores fallecidos con ocasión de la muerte en 2010 de una niña en Seseña. En ese caso se cuestionaba la legalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros el 20 de abril de 2012, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes por los daños y perjuicios por el funcionamiento del Estado legislador. Los recurrentes alegaban el incumplimiento de las obligaciones impuestas por normas comunitarias en relación a las víctimas de delitos violentos que no dependan económicamente de la persona fallecida, mientras que, el Abogado del Estado defendía que los recurrentes no eran víctimas sino familiares de la víctima y que, aunque fuesen víctimas indirectas por el asesinato de su hija, la Ley 35/1995 no era incompatible con la normativa europea. El TS determinó que "*La víctima es aquella sobre la que se ejerció la violencia, la que fue asesinada o lesionada. Y los padres efectivamente sufren unos perjuicios y daños atroces, pero derivados de la injusta muerte de su hija*", añade que el derecho comunitario no les reconoce como víctimas del delito y que la directiva que amplía este estatus no entraba en vigor hasta noviembre de 2015. "*Los daños emocionales que lamentablemente padecen los padres de la menor no han sido causados directamente por la infracción penal, sino por el fallecimiento de su hija que es la víctima que padece directamente el efecto y consecuencias del delito... El estado no tiene la obligación de asumir la indemnización fijada por el juez ante la insolvencia del condenado en los casos de familiares de la víctima fallecida por un delito violento, y en su caso, la Ley 35/1995, no incluye como beneficiarios de las posibles ayudas cuando no concurre una dependencia económica, sino solo el resarcimiento de los gastos funerarios*". Por este resultado el colectivo reunió sus propuestas para pedir un cambio en la Ley 35/1995 para intentar que se aproxime más a los supuestos delitos de actos terroristas.

mica correspondiente en caso de incapacidad temporal o permanente, se cubrirán los gastos de tratamiento terapéutico libremente elegido, con un máximo de cinco mensualidades del SMI vigente en la fecha de emisión del informe médico forense que se refiera a la existencia de daños en la salud mental de la víctima (arts. 17 y 18 del RD).

Respecto a los gastos, cabe destacar que no se hace referencia a la satisfacción de los gastos médicos o de hospitalización, excepto a los gastos de tratamiento terapéutico que se cubren en los delitos contra la libertad sexual, o los gastos funerarios, que solo se cubren a los padres o tutores del menor fallecido. Tampoco se contempla la posibilidad de ofrecer una pensión alimenticia a las personas que estuviesen a cargo de la víctima³⁵.

En definitiva, podemos hacer una crítica respecto al ámbito de aplicación objetivo pues resulta ser restrictivo debido a que solo ofrecen ayudas que estén encaminadas a subsanar las pérdidas de ingresos por las lesiones corporales graves o daños en la salud física o mental, así como las situaciones de dificultad económica que se hubiesen irrogado a las personas que dependiesen del fallecido. Así, se olvida de otros padecimientos propios del delito que requieren igualmente de subsanación para que la víctima se vea plenamente reparada³⁶.

2.3 Asistencia a las víctimas

El capítulo II de la Ley 35/1995, se ocupa de la asistencia a las víctimas como ámbito diferenciado de las ayudas económicas analizadas anteriormente para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en tanto que pretende generalizar la atención jurídica, psicológica y social desarrollando un sistema completo y personal a las víctimas de cualquier delito. De ello se encargarán las oficinas de asistencia, quienes buscarán la consecución de sus intereses y pretensiones, incluidas las que van más allá de lo estrictamente económico y la minimización de la victimización secundaria.

Este capítulo, contiene dos artículos que regulan los deberes de información, en el artículo 15, y la creación de las oficinas de asistencia para las víctimas en el artículo 16.

³⁵ En este sentido, MARTÍN RÍOS P: “La reparación a las víctimas...” *ob. Cit.*, pág. 10., señala que este tipo de ayudas sí se incluyen en otros estados como en Dinamarca y Suecia, que indemnizan también los gastos de transporte. Este último incluye además el lucro cesante de los parientes que visiten a la víctima en el hospital. Por otro lado, países como Irlanda o Portugal cubren también los futuros gastos médicos y cualesquiera otros que pudiesen derivarse. A su vez, en los Países Bajos se incluye los gastos a la asistencia en casa y la rehabilitación o países como Austria, conceden una asignación para cuidados de enfermería o gastos derivados de la incapacidad.

³⁶ Cabe destacar que, en los Estados miembros de la UE, a excepción de España y Luxemburgo, se indemniza incluso por los objetos dañados en el ataque, como pueden ser ropa, gafas, prótesis, etc. Incluso en Dinamarca extiende su cobertura a los teléfonos móviles o joyas.

2.4. Deberes de información

El artículo 15 señala que deberá informarse a las víctimas de las ayudas públicas reconocidas en la propia Ley, del curso de las investigaciones, de la posibilidad de obtener en el proceso la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades justicia gratuita. También se les debe informar de los datos relativos a la celebración del juicio y de la resolución recaída.

La obligación de comunicar todo ello al agraviado corresponderá a los Jueces, Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, y las autoridades policiales y funcionarios que intervienen por razón de su cargo en las actuaciones orientadas al esclarecimiento de los hechos³⁷. Estos últimos deben tomar los datos necesarios para la identificación de las víctimas, así como para determinar las lesiones y de las investigaciones realizadas que puedan ponerles en peligro. El Letrado de la Administración de Justicia, en particular, tiene el deber de cuidar de la víctima en todo el proceso, especialmente en el momento de la comparecencia, así como de que sea informada en términos claros de las posibilidades, de los presupuestos necesarios para obtener una reparación del daño, de la fecha y lugar de la celebración del juicio y de la notificación de la resolución cuando no sea parte del proceso.

El Ministerio Fiscal velará por la protección de la publicación de los datos de la vida privada y de la dignidad de la víctima, pudiendo solicitar la celebración del juicio oral a puerta cerrada, de conformidad con lo dispuesto en la LECrim. Esta disposición tiene su influjo en el derecho anglosajón.

Con ello se pretende que, desde el primer momento, todos los profesionales que interactúan en el proceso traten de cubrir sus necesidades personales con el respeto que merecen por su situación personal, sus derechos y su dignidad.

³⁷ Art. 15: 1. Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado.

3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

4. El Secretario judicial cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, sea informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente cuidará de que la víctima sea informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

2.5. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas

En cuanto a la creación de la red de Oficinas de Asistencia a la Víctimas³⁸, tarea que se encargó al Ministerio de Justicia, se ha implantado una en todas las sedes de Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las que fuesen necesarias, aunque su gestión puede incluso encomendarse a las CCAA o a las Corporaciones Locales³⁹. Disponen de un modelo de actuación a través de una red de coordinación con los Servicios de Asistencia de cada CCAA, y se desarrolla en el área jurídico, psicológica, económica, social-asistencial y médica.

El principal problema existente es la necesidad de fondos públicos, ya no solo para su creación, sino también para su mantenimiento y para garantizar el objeto para el que han sido creadas. Este problema existe también en otros países como Reino Unido, donde las agencias han tenido problemas para lograr sus objetivos y se han visto obligados a reducir el número de delitos cubiertos⁴⁰.

Se han desarrollado varios tipos de oficinas, a saber⁴¹:

- Oficina multidisciplinar: implantadas en Andalucía, Cataluña o País Vasco, donde se prestan servicios por especialistas como juristas, psicólogos, trabajadores sociales y voluntarios.
- Oficina unipersonal: esta estructura la tienen las oficinas dependientes del Ministerio de Justicia⁴², en la que su gestión está dirigida por un Oficial de la Administración de Justicia y organizada con base en convenios con colegios de profesionales como abogados o psicólogos. Este tipo de oficinas presentan una atención

³⁸ Art. 16: "1. El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

2. En relación con las actividades desarrolladas por estas Oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales.

³⁹ El ministerio de Justicia ha aprobado las disposiciones para desarrollar Convenios con las CCAA y en cuanto a las Corporaciones Locales, la primera en ponerse en marcha fue en 1995 la Oficina de Asistencia a la Víctima en la sede de la Policía Local del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, por medio del Convenio del Gobierno Balear. A esto se refiere LLADÓ ALEMANY, S. "Asistencia a las víctimas del Delito. Una experiencia en el seno de la policía local", en *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 6, 1997, pp. 35-43, cit. por GARCÍA RODRÍGUEZ M.J., *La protección jurídica de la víctima...* ob. Cit., pág. 479.

⁴⁰ HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima*, ob. Cit., págs. 296-313.

⁴¹ MORILLAS FERNANDEZ D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, M^a, AGUILAR CÁRCELES: *Victimología: un estudio sobre...*, ob. Cit., págs. 323-328 y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas*, pág., 409, en E., TAMARIT SUMALLA, J. M., (Coords.): *Manual de Victimología*, ob. Cit., pág. 179 y en GARCÍA RODRÍGUEZ M.J., *La protección jurídica de la víctima...* ob. Cit., pág. 480.

⁴² Entre las que se encuentran las de las CCAA de Castilla y León, Castilla la Mancha, Murcia, Extremadura, Baleares, Ceuta y Melilla.

global e integral, que pretende garantizar una intervención a corto y medio plazo, partiendo de la experiencia profesional de un equipo multidisciplinar⁴³.

Los servicios llevados a cabo suelen ser, con carácter general, la información sobre: sus derechos con el fin de evitar la desprotección tras el delito; tramitaciones oportunas; ayudas económicas que pudieran corresponderles y recursos sociales existentes. Deben acompañar a las víctimas, procurar el acceso a tratamientos médicos, psicológicos, sociales y jurídico-criminales y crear dispositivos de seguridad. Otra labor muy importante es fomentar la coordinación entre las distintas instituciones involucradas así como favorecer las asociaciones de víctimas para disminuir el sentimiento de inseguridad ciudadana⁴⁴.

Cabe señalar que el Ministerio de Justicia desarrolló en 1999 una Guía de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Delitos, para definir y orientar las características y funciones de su ámbito de actuación⁴⁵.

2.6. El procedimiento para la obtención de la ayuda⁴⁶

Es el Ministerio de Economía y Hacienda quien se ocupa de las solicitudes de este tipo de ayudas, en concreto, la Dirección General de costes de Personal y Pensiones Públicas⁴⁷. Si bien, sus resoluciones y tramitaciones que señalen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o que produzcan indefensión pueden impugnarse ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (art. 8) a la que nos referiremos a continuación.

⁴³ Por ello algunos autores como SORIA, M.A. “Los servicios de apoyo a las víctimas” y “La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización”, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 168, para quien “la idea esencial de este modelo es la facilitación de una información y orientación correcta a la víctima en tres ámbitos fundamentales: jurídicos-penales, sociales y psicológicos, analizando sus posibilidades de actuación y facilitándole aquellos nuevos mecanismos o estrategias facilitadoras de la resolución, o reducción, de la problemática vivida” o GARCÍA RODRÍGUEZ M.J., defienden que este modelo presenta más ventajas que el primero.

⁴⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA: *Oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra libertad sexual*, en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774766880/EstructuraOrganica.html>, (última fecha de consulta 17.04.2017)

⁴⁵ *Guía de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Delitos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

⁴⁶ ANEXO 1: cuadro resumen del procedimiento para la obtención de la ayuda regulada en la Ley 35/1995 para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

⁴⁷ RD 256/2016, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (BOE núm. 24, de 28 de enero), cuyo art. 7.2.b) adscribe a su Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. El art. 9.1.j) le atribuye a esta “el reconocimiento, gestión y propuesta de los pagos de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, de las previstas en la legislación especial derivada de la guerra civil, y de aquellas otras prestaciones, indemnizaciones, ayudas y anticipos cuya competencia tenga atribuida, así como las funciones de información y atención al público”. Determinándose por su art. 9.3.c) que, en el seno de dicha Dirección General, “esa competencia en concreto sea desarrollada por su Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas”.

El plazo para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso de un año desde que se cometió el hecho delictivo. Si bien, este plazo quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal. Una vez terminado, vuelve a correr el plazo cuando recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificada personalmente a la víctima. En los casos en los que el resultado sea de lesiones corporales o daños en la salud, de los cuales se derivase el fallecimiento posterior de la víctima o una situación de mayor gravedad a la que correspondiese una cuantía mayor, se abrirá un nuevo plazo con la misma duración para solicitar la ayuda o, la diferencia procedente entre la cuantías⁴⁸.

El TS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el momento de reanudación de este plazo, señalando que, en la medida en que es necesario para el reconocimiento de las ayudas del conocimiento fehaciente de la cuantía de la indemnización efectiva, o en su caso, de la insolvencia de las personas civilmente responsables, el art. 7 de la Ley 35/1995 no se refiere en exclusiva a la sentencia o auto de sobreseimiento, que ponen fin al proceso penal, sino que también se debe entender incluido el auto de insolvencia total o parcial. Esto es así porque en el momento en que se notifica la sentencia puede suceder que no se conozca si el responsable va a proceder a pagar la indemnización, sin embargo, el auto de insolvencia sí muestra la imposibilidad de que el condenado vaya a hacer frente a sus responsabilidades⁴⁹.

Este pronunciamiento resultó ser favorable para las víctimas ya que la Administración venía denegando multitud de ayudas argumentando que el plazo de prescripción comenzaba a correr una vez la sentencia era firme. En la práctica, dada la dilatación en el tiempo, una vez se notificaba la sentencia firme pocos eran los casos que recordaban que existía este tipo de ayudas y peor aún, cuando no se personaban en el proceso había problemas respecto a la notificación en vía de recurso o respecto a la declaración de insolvencia, a lo que el TS venía recordando la importancia de la misma. Todo ello dio lugar a numerosos casos en los que las víctimas no se vieron resarcidas aun cuando les hubiese correspondido y no ha sido hasta el año 2015 (20 años después) cuando se ha adoptado una postura favorable a este respecto para las víctimas⁵⁰.

⁴⁸ Art. 7: 1. *La acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo. El plazo de prescripción quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificada personalmente a la víctima.* 2. *En los supuestos en que a consecuencia directa de las lesiones corporales o daños en la salud se produjese el fallecimiento, se abrirá un nuevo plazo de igual duración para solicitar la ayuda o, en su caso, la diferencia que procediese entre la cuantía satisfecha por tales lesiones o daños y la que corresponda por el fallecimiento; lo mismo se observará cuando, como consecuencia directa de las lesiones o daños, se produjese una situación de mayor gravedad a la que corresponda una cantidad superior. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para comprobar el nexo causal en los supuestos contemplados por este apartado.*

⁴⁹ STS del 12 de enero y STS 13 de abril de 2015 (STS 1346/2015).

⁵⁰ SILVA MARCHANTE D., *El plazo para reclamar la ayuda a favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, una cuestión resuelta (veinte años después)*, REVISTA LA TOGA en: <http://revistalatoga.es/>

Las solicitudes deben presentarse o por el interesado o por su representante legal y deberán contener: la acreditación documental del fallecimiento y la condición de beneficiario; descripción de las circunstancias de los hechos que tienen carácter de delito doloso violento, indicando fecha y lugar; la acreditación de que los hechos fueron denunciados y declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas o los medios disponibles para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos. Por último, se establece como requisito imprescindible la existencia de una resolución penal firme que ponga fin al proceso, ya sea sentencia, auto de rebeldía o archivo por fallecimiento del culpable, sobreseimiento provisional o libre, con la excepción de aquellos casos en los que se haya concedido una ayuda provisional a la que nos referiremos a continuación.

Para analizar la situación de los solicitantes desde el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se puede recabar la información oportuna, así como los respectivos informes a cualquier persona física o jurídica, entidad o Administración, y se practicarán las investigaciones periciales necesarias para la determinación de la duración y gravedad de las lesiones o daños a la salud de la víctima. Para ello, se recabará de la Agencia Estatal Tributaria un informe preceptivo sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales por el beneficiario de la ayuda.

Finalmente se emitirá una resolución tras oír las alegaciones del interesado en trámite de audiencia y tras conocer el informe del Servicio Jurídico del Estado que deberá dictarse en los plazos establecidos⁵¹. La solicitud se entenderá desestimada cuando transcurridos esos plazos, no hubiese recaído una resolución expresa (art. 32 RD 738/1997).

Los plazos establecidos pueden considerarse demasiado largos si tenemos en cuenta que, en los casos de la ayuda provisional, las especiales circunstancias que motivan este tipo de ayudas requieren en muchos casos de una tramitación más rápida con el fin de eliminar lo antes posible la situación en la que la víctima se ha visto envuelta.

Con todo ello, podemos ver que, a pesar de la importante función que cumplen este tipo de ayudas, existen numerosos requisitos a cumplir para que puedan concederse, lo cual ya se reconoce en la propia exposición de motivos del RD 738/1997, cuya complejidad puede frustrar las expectativas resarcitorias. El hecho de este tipo de ayudas no se solicite de oficio puede suponer además un perjuicio para la víctima, que puede dar lugar a que renuncien a plantearse si quiera su solicitud por la carga burocrática,

el-plazo-para-reclamar-la-ayuda-a-favor-de-las-victimas-de-delitos-violentos-y-contra-la-libertad-sexual-una-cuestion-resuelta-veinte-anos-despues/ (última fecha de consulta 15.05.2017)

⁵¹ El art. 31 del RD 738/1997 establece los plazos para resolver, en cuyo caso: “a) *Por lesiones invalidantes, agravación de las mismas y fallecimiento: seis meses; b) por incapacidad temporal: cuatro meses; por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual y por gastos funerarios: dos meses.* 2. *Los plazos de resolución de los procedimientos se computarán a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualesquiera de los registros del órgano competente*”.

y esto es, en definitiva, una fuente de victimización. Por ello, es imprescindible la labor de las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos por la información y orientación que ofrecen. No obstante, podría considerarse la posibilidad que, desde el Estado no solo se comunicase su existencia, sino que también las ofreciese directamente.

2.7. Ayudas provisionales

Una de las posibilidades que se le otorga a la víctima o beneficiario, es la concesión de ayudas provisionales con anterioridad a que haya recaído resolución judicial firme, siempre y cuando se haya denunciado los hechos a las autoridades competentes o se siga de oficio un proceso penal y se acredite una “*precaria situación económica en que hubiese quedado la víctima o sus beneficiarios*” (art. 10 de la Ley)⁵².

En este sentido, el Reglamento determina en el art. 8 que cuando existe esta situación, de tal forma que una vez se haya acreditado que el solicitante reúne los requisitos para ser beneficiario de la ayuda definitiva, se le otorgará la ayuda provisional cuando en la fecha que se solicite la ayuda, la víctima o los beneficiarios no perciban, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al SMI vigente en ese momento. Por ello, consideramos que la regulación es en cierto modo restrictiva.

Para que pueda otorgarse esta ayuda de forma provisional, es necesario que la solicitud contenga, además: la calificación de lesiones o daños a la salud; acreditación documental del fallecimiento y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta; un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios razonables por los que se entiende que, del fallecimiento, lesiones o daños, han sido originados por un delito doloso y violento o contra la libertad sexual. A este informe le debe preceder otro informe Médico Forense, sin el cual el Ministerio Público no puede pronunciarse sobre los hechos delictivos, la gravedad y el efecto invalidante.

El importe cuenta también con una limitación, puesto que en ningún caso podrá superar el 80 por ciento de la ayuda definitiva que tendría lugar en los mismos supuestos. No obstante, en las ayudas por gastos funerarios y de tratamiento terapéutico, será esa cuantía el máximo, no estableciéndose por tanto un límite como ocurre para el resto de casos.

⁵² Gracias a ello, se eliminan los problemas que podrían originarse debido a la longitud de los plazos habituales de la justicia penal, lo cual puede frustrar, en la práctica, la capacidad de satisfacer las necesidades de las víctimas. Estamos de acuerdo con PUYOL MONTERO, F.J., “Noticia de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre...”, *ob. Cit.*, pág. 1359, al valorar el carácter excesivamente lento de la justicia penal en nuestro país, y SOLE RIERA, J., *La tutela de la víctima*, p. 229, cit. por GARCÍA RODRÍGUEZ M.J., *La protección jurídica de la víctima...* *ob. cit.*, pág. 475, señala que “condicionar la concesión de la ayuda a que se haya producido la resolución judicial firme, sobre todo si se analiza la situación de atasco técnico en que se encuentran numerosos Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, supondría en no pocos casos, dejar sin efecto la finalidad propia que se persigue con esta Ley”.

Si con posterioridad a esta ayuda provisional, recae resolución judicial firme se iniciará de oficio el proceso para el reconocimiento de la ayuda definitiva correspondiente y se notificará al interesado. En este sentido, se establece la posibilidad de que se reduzcan las ayudas atendiendo a la indemnización fijada en sentencia posteriormente cuando sea inferior. Esto parece alejar a la ayuda del principio de solidaridad, para aproximarse más a criterios propios de la justicia civil reparadora.

2.8. La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y el proceso de impugnación

Se trata del órgano administrativo colegiado, cuya competencia es resolver los procesos de impugnación sobre las resoluciones en materia de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional.

Este órgano ejerce sus funciones con plena autonomía y sin sometimiento a ningún tipo de jerarquía.

Será el Gobierno, a propuesta de los Ministros de justicia, de hacienda e interior, quien establecerá la composición y régimen de funcionamiento. Tal y como señala el art. 11 de la Ley, estará presidida por un Magistrado nombrado a propuesta del CGPJ y la formarán representantes de la Administración General del Estado, así como por representantes de organizaciones o colectivos sociales especialmente vinculados a la asistencia y defensa de las víctimas, sumando todos ellos un total de once vocales. Si bien, una de sus vocalías le corresponderá siempre a un representante del Ministerio Fiscal⁵³. Esta composición se justifica en la exposición de motivos de la Ley, debido a que parece considerarse más razonable y ajustada a la materia que la vía clásica del recurso administrativo ante el superior jerárquico.

Para proceder a la impugnación de la resolución relativa a la ayuda, los interesados tendrán el plazo de un mes desde su notificación personal. Transcurrido dicho plazo sin que se haya impugnado, está será firme, sin perjuicio de que exista la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión ante el Ministerio de Economía y Hacienda.

La resolución de la impugnación, deberá estar suficientemente motivada y deberá recabar los antecedentes de hecho y fundamentos de derechos oportunos, determinando el lugar y fecha en la que se haya dictado, así como los datos de los interesados.

⁵³ Tal y como señala MANRIQUE CABRERO J.C., “Estudio de la normativa...”, *ob. Cit.* Pág. 15, estará compuesto por un Presidente (Magistrado), once vocales (un Fiscal del Tribunal Supremo, dos representantes del Ministerio de Justicia, dos del Ministerio de Economía, 2 del Ministerio del Interior, uno del Ministerio de Trabajo y tres de Organizaciones de asistencia a las víctimas de delitos violentos) y un Secretario General, con voz, pero sin voto.

El fallo, deberá contener todas las cuestiones, tanto de forma como de fondo que hayan sido planteadas en el proceso.

La notificación deberá recaer a los interesados en el plazo de diez días desde el día siguiente a la ficha en la que haya sido dictada, con la indicación de que es una resolución definitiva en vía administrativa. Sin embargo, en los casos en los que una vez presentada en el plazo previsto, hayan transcurrido tres meses desde la formulación de la impugnación sin que la Comisión haya adoptado un acuerdo, se entiende desestimada, momento en el que quedará abierta la vía de recurso contencioso-administrativo.

2.9. Acciones del Estado: subrogación y repetición

El artículo 13 de la Ley 35/1995 establece que el Estado podrá subrogarse de pleno derecho hasta el importe total de la ayuda provisional o definitiva que se haya satisfecho a las víctimas o beneficiarios en los derechos que les asistan contra el obligado civilmente por la comisión del delito. De este modo, la repetición por la cantidad entregada a la víctima contra el obligado civilmente se llevará a cabo por medio del procedimiento administrativo de apremio y el Estado podrá presentarse como parte en el proceso, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la acción de repetición, la Ley prevé en su artículo 14 que el Estado pueda exigir contra las víctimas o beneficiarios en su caso, el reembolso de la ayuda concedida siempre y cuando: a) por resolución judicial firme se declare la inexistencia de delito; b) cuando la víctima o sus beneficiarios obtuvieran en cualquier concepto, la reparación total o parcial del perjuicio en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda; c) cuando se hubiese otorgado la ayuda por la presentación de datos falsos o deliberadamente incompletos o cualquier otra forma fraudulenta, inclusive la omisión deliberada de circunstancias que conllevaran a la denegación o reducción de la ayuda; d) cuando la indemnización reconocida en sentencia sea inferior a la ayuda provisional; e) cuando sea necesario un nuevo reparto de la ayuda por la concurrencia de nuevos beneficiarios; o bien f) cuando las circunstancias señaladas en sentencia determinen la concurrencia de alguna de las circunstancias de denegación o reducción del art. 3 de la Ley.

3. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

3.1. Regulación en el Derecho internacional

En el ámbito de las Naciones Unidas, entre el 26 de agosto y 6 de septiembre de 1985, se celebró el VII Congreso para la prevención del delito y tratamiento del delincuente a partir del cual, se recomendó a la Asamblea General la aprobación de una

Declaración que versara sobre los principios fundamentales para la justicia de las víctimas de delitos y del abuso de poder. Esta fue aprobada por la Resolución 40/34 de la Asamblea general el 29 de noviembre de 1985⁵⁴.

Esta Declaración fue denominada la “Carta Magna de las víctimas”⁵⁵ ya que, adoptaba medidas fundamentales en los planos internacional, regional y nacional para mejorar el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el sistema de justicia penal, así como las relativas al resarcimiento, indemnización y asistencia social de las mismas.

Establece un concepto internacional de víctima, diferenciando de un lado entre víctimas del delito directas o indirectas, entendiendo en este caso como tales a los familiares o personas a cargo de la víctima o aquellas que hayan sufrido daños al asistirle o al prevenir su victimización⁵⁶ y por otro, las víctimas de abuso de poder. A estas últimas se refiere como aquellas que hayan sufrido, individual o colectivamente, daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial en sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que sean violaciones del derecho penal de los Estados Miembros, así como de normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Entre los principales derechos protegidos por esta Declaración, debemos señalar que, además de acceso a la justicia y trato justo durante la participación en el proceso y una asistencia integral, se hace especial alusión al derecho de resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos y prevé que, cuando no sea suficiente la indemnización, que sea el Estado el que pueda asumir esa compensación para los delitos más graves. Así, reconoce que los Estados deben indemnizar económicamente a las víctimas que han sufrido graves lesiones corporales o menoscabasen su salud como consecuencia de delitos graves, además de personas que estuviesen a su cargo cuando la víctima haya muerto o quedado física o psíquicamente incapacitada. Para tal fin, establece la necesidad de crear y reforzar fondos nacionales con el que hacer frente a estos pagos.

⁵⁴ Vid. Texto completo de esta Declaración, en Recomendaciones y Decisiones aprobadas por la Asamblea General. Documentos Oficiales: Cuadragésimo período de sesiones. Suplemento núm. 53 (A/40/53). Naciones Unidas, Nueva York, 1986, pp. 230-231, y en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., “Código de los Derechos de las Víctimas”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, págs. 37-42.

⁵⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología* Ed. Porrúa, México, 2003, p. 360, y en el mismo sentido WALLER, I., “Derechos para las víctimas del delito”, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales (IN-ACIPE), México, 2013, p. 34, cit., por GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *La protección jurídica de la víctima...* ob. Cit., pág. 31.

⁵⁶ Se entiende que dan lugar a esta condición las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional, la pérdida financiera y el menoscabo sustancial de derechos fundamentales. Tal y como señala GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Marco Jurídico y nuevos instrumentos para un Sistema Europeo de Indemnización a las Víctimas de Delitos” *Boletín núm. 1980-81* y citando a TAMARIT SUMALLA, J.M. “La víctima en el Derecho Penal” Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 149 y ss., se trata de un concepto victimológico que no coincide con el jurídico penal de víctima como titular del bien jurídico lesionado por el delito ya que se excluyen a las personas jurídicas, la sociedad o Estado y se incluyen a víctimas indirectas que solo se consideran como tales a los efectos de la responsabilidad civil derivada del delito.

La Declaración ha sido posteriormente desarrollada para conseguir una actuación efectiva frente a la protección de los derechos de las víctimas. Las Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social desarrollaron la Resolución 1989/57, de 24 de mayo de 1989, con la que se pretendía establecer una colaboración y coordinación entre todos los Estados miembros, así como la formación de los profesionales que actúan en el seno del proceso penal. En esta línea se siguió en otras Resoluciones como en la 1990/22, sobre víctimas de delitos y del abuso de poder, de 24 de mayo de 1990; la 1996/14 de 23 de julio de 1996 y la 1998/21 sobre reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención de delitos y justicia penal.

A su vez, el Proyecto de Convenio de Naciones Unidas sobre Justicia y Apoyo a las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder reviste especial importancia en tanto que establece un carácter normativo y vinculante tras su aprobación y entrada en vigor para los Estados Miembros que lo ratifiquen, en contraste al conjunto de derechos y actuaciones recabadas en la Declaración de Principios Fundamentales para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, la cual era meramente pragmática.

En cuanto a la indemnización, señala en los art. 9 a 11 que los Estados firmantes, deben contemplar en su legislación la indemnización por parte de los responsables del delito, de tal forma que sirva para la restitución y reparación. Al igual que en la Declaración, cuando no pueda hacerse efectiva, establece que los Estados deben prever una compensación económica, la cual fomenta de nuevo el establecimiento de fondos públicos estatales, regionales o locales.

En definitiva, podemos observar que la víctima ha cobrado especial protagonismo en el seno de las Naciones Unidas en su actividad convencional, pretendiendo establecer obligaciones para los Estados para que adopten medidas apropiadas para garantizar la asistencia y protección, procesos adecuados y coordinados para su resarcimiento, así como establecer sistemas de información que faciliten la consecución de sus intereses.

3.2 Derecho europeo

3.2.1. Normativa de referencia

En el marco de la UE, el primer texto de referencia surge en el año 1977, cuando el Comité de Ministros del Consejo de Europa desarrolló la Resolución núm. (77) 27, de 28 de septiembre, sobre la Compensación de las víctimas de delitos. Se busca que, desde los Estados, se establezcan regímenes públicos con cargo a fondos estatales para compensar a las víctimas en los casos en los que se desconozca al autor o este careciese de recursos económicos suficientes. Esto fue la base sobre la que el Consejo de Europa desarrolló, el 24 de noviembre de 1983 en Estrasburgo, el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (CEIVD), conocido como Convenio

núm. 116. Este fue ratificado por España en octubre de 2001⁵⁷ y entró en vigor el 1 de febrero del año siguiente.

Respecto a la previsión de sistemas indemnizatorios públicos para las víctimas, el Convenio 116 determinaba la necesidad de establecer unos principios comunes mínimos⁵⁸ que debían ser desarrollados por los distintos instrumentos que los Estados adoptasen. Estos principios se resumen en los siguientes:

- Los beneficiarios serán los que hayan sufrido lesiones graves o daños en la salud como resultado directo de un delito intencional violento y las personas a cargo del fallecido. Por ello, los daños materiales y las lesiones y daños imprudentes quedan excluidos (art. 2CEIVD).
- La indemnización la otorgará el Estado donde se haya cometido el delito, tanto a los nacionales de los Estados parte del Convenio como a los que Estados miembros del Consejo de Europa con residencia permanente en el lugar de comisión del delito (art. 3 CEIVD).
- El importe de la indemnización deberá cubrir como mínimo la pérdida de ingresos, gastos médicos y de hospitalización, gastos funerarios y, respecto a personas a cargo del fallecido, la pérdida de alimentos (art. 4 CEIVD).
- Se debe establecer la posibilidad de fijar límites mínimos y máximos, reducir o incluso suprimir la compensación con base en la situación económica del solicitante, la conducta de la víctima en el delito, su participación en delincuencia organizada o el sentido de la justicia o el orden público (arts. 7 y 8). Para evitar duplicidad, se reconoce también el derecho del Estado de reducir la cuantía cuando ya se haya pagado por el delincuente, por la Seguridad Social o entidades de seguros, teniendo a su vez, el derecho de subrogación en la persona indemnizada hasta la cantidad pagada (arts. 9 y 10).

Este Convenio otorga especial relevancia al derecho de información de los posibles beneficiarios sobre el sistema establecido, obligando a prestar la máxima asistencia y a designar a una autoridad central para ello (art. 12).

A su vez cabe destacar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros núm. R (85) 11, sobre la posición de la víctima en el

⁵⁷ *Vid.* Texto completo del Convenio Europeo e Instrumento de ratificación del Estado español (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2001).

⁵⁸ BUENO ARUS, F., “La atención a la víctima del delito”, *Revista de actualidad Penal*, núm. 27, 2 a 8 de julio de 1990, págs. 309 y 310, y GARCÍA RODRÍGUEZ M.J. *La protección jurídica de la víctima...*, *ob. Cit.*, pág. 79 y PÉREZ MACHÍO A. I. y MUÑAGORRI LAGUÍA I., “Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2. del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983”, *Tensiones con el principio de legalidad*. *Revista Vasca de Administración Pública* núm. Especial 00-100. Mayo-diciembre 2014, págs. 2107-2129.

Derecho Penal y el Proceso Penal, de 28 de junio de 1985 y la núm. R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre la Asistencia a las víctimas y prevención de la victimización. La primera, reconoce los principales problemas que el proceso genera a la víctima y establece la necesidad de que el sistema la proteja y asista, dando una respuesta efectiva a los perjuicios físicos, psicológicos, materiales y sociales que pueda sufrir, para que consiga así confiar en la justicia penal y coopere con ella. La segunda Recomendación citada, propone a los Gobiernos de cada Estado miembro la adopción de las medidas necesarias para alcanzar una reparación efectiva por parte del ofensor, y cuando sea precisa, una compensación que emane del propio Estado. Sus presupuestos son ampliados a través de la Recomendación núm. R (2006) 8, sobre asistencia a las víctimas de delitos, que aborda de forma más completa los extremos a tener en cuenta para dar una respuesta íntegra a la víctima en el proceso penal y evitar así su victimización secundaria.

Respecto a la concreta indemnización a las víctimas de delitos violentos, el 6 de marzo de 1989 (a partir de las reuniones de 20 y 21 de junio de 1988), el Parlamento Europeo emite un informe en el que se reconocía que, para restablecer la situación de la víctima, además de la indemnización económica oportuna, son necesarias medidas encaminadas a la asistencia e información de manera coordinada que impliquen a todos aquellos que puedan intervenir a lo largo del proceso. El 12 de septiembre de 1989 el Parlamento Europeo aprueba una nueva Resolución relativa a la indemnización de las víctimas de delitos violentos en la que se instaba a la Comisión para que crease una propuesta de Directiva que obligase a los Estados miembros a armonizar el pago de indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos, independientemente del país de origen, así como a crear oficinas para el pago anticipado en casos urgentes.

Con similares propósitos, en julio de 1999 la Comisión Europea elaboró una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, relativa a las víctimas de delitos en la Unión Europea con el que se trataba de dar una respuesta global a las necesidades de las mismas, ya que, no solo incluía las cuestiones económicas sino también otras medidas tendentes a la mejora sus derechos.

Todo este conjunto de medidas son propuestas sugeridas a los Estados miembros sobre las ayudas a las víctimas de delitos, la posición que se les debe dar en el proceso y cuestiones relativas a la indemnización. Si bien, el Consejo de Europa determinó en su reunión en Tampere (Finlandia) en octubre de 1999, la necesidad de desarrollar un conjunto de normas mínimas acerca de la protección de las víctimas que facilitasen su intervención y que garantizasen el efectivo resarcimiento, previendo también la creación de programas nacionales para la financiación de medidas públicas.

Además, se tuvo en cuenta que, como consecuencia de la búsqueda de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia establecido en el Tratado de Ámsterdam en 1999 y del crecimiento del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia, había crecido el número de víctimas que se veían inmersas en procesos penales en Estados miembros distintos al de residencia habitual, conocidas como víctimas transfronterizas, las cuales

necesitaban que su protección no se viese frustrada por dicha circunstancia. Si bien, dadas las dificultades existentes para y con respecto a su reparación, se desarrolla la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Indemnización a las víctimas de los delitos⁵⁹ a la que nos referiremos con detalle a continuación.

El 15 de marzo de 2001 se desarrolla la Decisión Marco del Consejo de Europa sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal, que estableció una serie de obligaciones para mejorar la protección jurídica de sus derechos y ofrecer mayor asistencia integral con servicios especializados de apoyo, que los Estados miembros debían incorporar en sus ordenamientos⁶⁰.

Posteriormente, la Comisión de las Comunidades Europeas inicia el 28 de septiembre de 2001, una consulta sobre las medidas que eran necesarias adoptar a nivel comunitario para mejorar la indemnización estatal otorgada a las víctimas de delitos en la UE que se conoce como “el Libro Verde”⁶¹. Este estudio se llevó a cabo en los Estados miembros que tenían un sistema de indemnización estatal con un ámbito general de aplicación⁶² y describió los distintos sistemas vigentes gracias a lo cual se formularon los posibles objetivos a perseguir por medio de una acción comunitaria que se resumen en:

- 1º) garantizar la obtención de una indemnización estatal a todos los ciudadanos residentes en la UE que fuesen víctimas de un delito en su territorio.
- 2º) tomar las medidas oportunas para reducir los efectos de las diferencias de los sistemas de indemnización establecidos en los Estados y garantizar el principio de no discriminación.
- 3º) Facilitar a las víctimas el acceso a una indemnización estatal en situaciones transfronterizas.

Tras su publicación, el debate fue generalizado y los Estados miembros, así como organizaciones de apoyo a las víctimas se dirigieron a la Comisión, la cual convocó una audiencia pública el 21 de marzo de 2002 en la que se puso de manifiesto la insatisfactoria situación de los sistemas indemnizatorios para las víctimas de delitos en la UE.

⁵⁹ SALINERO ALONSO, C. realiza un estudio completo de esta directiva en “La indemnización de víctimas de delitos. Comentario a la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de los delitos”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº7. También VIDAL FERNÁNDEZ B., “Reparación de las víctimas del delito en la unión europea: tutela por el tribunal de justicia de la UE del derecho a la indemnización”, *Revista de Estudios Europeos* n. 66, enero-junio, 2015.

⁶⁰ Estas obligaciones se referían especialmente a: derecho de información y participación en el proceso; protección de la seguridad e intimidad de las víctimas; reparación e indemnización; establecimiento de servicios especializados y organizaciones de apoyo para la asistencia a las víctimas.

⁶¹ Bruselas, 29 de septiembre de 2001, COM (2001).

⁶² Tal y como señala MARTÍN RÍOS, P., en “La reparación a las víctimas...” *ob. Cit.*, pág. 92, ni Grecia ni Italia contaban con este sistema, aunque para este último sí existía un régimen de indemnización para las víctimas de actos terroristas o de delincuencia organizada, además de un “*Fondo di garanzia per le vittime della strada*”, para las víctimas de accidentes de circulación.

De este modo el Comité Económico y Social acogió los tres objetivos del Libro Verde y el Parlamento Europeo en su Resolución sobre el Libro Verde, de 24 de septiembre de 2002, señaló que debía desarrollarse una Directiva para la consecución de dichos objetivos, que sería la Directiva 2004/80/CE.

Respecto a la regulación de los derechos de las víctimas de delitos, ha surgido recientemente la Directiva 2012/29/UE sobre normas mínimas de derechos apoyo y protección a las víctimas de delitos. A ella nos referiremos detenidamente más adelante.

En este contexto podemos ver que ha tenido lugar una evolución y desarrollo de distintos instrumentos europeos que regulan la protección y los derechos de las víctimas de delitos en el seno de la UE, en aras a resolver las cuestiones oportunas por la preocupación de su situación.

Actualmente, las normas de especial relevancia para y con respecto a las víctimas son: La Directiva 2012/29/UE, la Directiva 2004/80CE y el Convenio 116. Igualmente son reseñables la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección⁶³, observable por los Estados cuyas medidas de protección y tutela de las víctimas de delitos son cuestiones de Derecho Penal, y el Reglamento 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio, relativo al Reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil⁶⁴.

3.2.1.1. La Directiva Europea 2004/80/CE sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos

Con base en el Libro Verde se evidenció la necesidad de establecer disposiciones comunitarias mínimas de carácter vinculante para todos los Estados miembros que se refiriesen a la compensación estatal, procurando la convergencia de los distintos sistemas de indemnización existentes. Se pretendía que todos los ciudadanos, así como los residentes legales de la UE tuviesen acceso a una indemnización estatal en el caso de llegar a ser víctima de un delito en cualquier parte de su territorio, lo cual facilitaba la existencia del pretendido espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE.

Así, se creó la Propuesta de Directiva sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos⁶⁵, en cuya exposición de motivos se indica que el objeto era “*asegurar que los ciudadanos y residentes legales en la UE pudieran recibir una indemnización adecuada por los daños y perjuicios sufridos en el caso de ser víctimas de un delito de ámbito territorial de la UE*”.

⁶³ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección. Esta Directiva surge para la protección de víctimas de delitos en un entorno caracterizado por la creciente movilidad de los ciudadanos europeos.

⁶⁴ VIDAL FERNÁNDEZ, B.: “reparación de las víctimas...”, *ob. Cit.*, pág. 17.

⁶⁵ COM (2002) Bruselas, 16 de octubre de 2002. RED JUDICIAL EUROPEA, *Indemnización a las víctimas de delitos en otros países de la UE* en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l33174> (última fecha de consulta 19.05.2017).

Esta propuesta se refería principalmente al ámbito de aplicación personal y territorial de los sistemas indemnizatorios⁶⁶, los principios para la fijación del importe según el tipo y entidad de los daños y perjuicios que, en principio, se determinaría según el Derecho nacional⁶⁷, la previsión de concesión de anticipos y el procedimiento para su solicitud y tramitación.

Finalmente tuvo lugar la Directiva 2004/80/CE del Consejo, cuyo objetivo esencial es facilitar el acceso a una indemnización para las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas. A pesar de que en la propuesta también se determinaba la necesidad de establecer un conjunto de normas mínimas de carácter vinculante que recogiese los aspectos más importantes de este tipo de compensación, finalmente este instrumento solo se centró en dichas situaciones transfronterizas⁶⁸, desarrollándose un sistema de cooperación entre las autoridades de los Estados que busca que las víctimas que se encuentren en esta situación puedan dirigirse a la autoridad de su Estado de residencia para solicitar la indemnización, el cual, estará obligado a dar toda la información necesaria para conseguir la satisfacción de sus intereses y necesidades.

En este sentido, para otorgar la indemnización habrá que estar a lo dispuesto por la normativa relativa a la indemnización de las víctimas de delitos dolosos violentos vigentes en cada Estado miembro donde el delito tuviese lugar, con lo cual, se preveía que todos los Estados que aún no contasen con este sistema, implantasen dicho régimen antes del 1 de julio de 2005 (art. 18).

Desde la aprobación de la Directiva, se ha ido analizando su aplicación y eficacia y se ha ido observando que, dada la complejidad del proceso, a lo que se suman las barreras lingüísticas, las víctimas no alcanzan el grado de satisfacción y reparación que se ha pretendido. Así quedó reflejado en el Informe de la Comisión del Consejo de seguimiento de la citada Directiva⁶⁹. Un objetivo pretendido en relación al proceso penal es que se facilite la información, con especial claridad y transparencia en cuanto a los sistemas indemnizatorios y, a raíz de ese informe, se busca hacer más accesible el sistema indemnizatorio, facilitando una mayor información sobre su existencia y el procedimiento a seguir.

⁶⁶ la cual preveía que fueran concedidas a favor de las víctimas que hayan sufrido lesiones causadas por un delito doloso contra la vida, la salud o integridad personal, en el territorio de uno de los Estados miembros de la UE (víctimas directas) y los parientes cercanos o personas a cargo de los fallecidos a causa del delito (víctimas indirectas). Se excluían los delitos imprudentes o en los que solo se hubiese producido perjuicios patrimoniales. En cuanto al criterio territorial, la indemnización debía ser pagada por el Estado miembro en cuyo territorio se hubiere ocasionado.

⁶⁷ Pudiendo fijar un límite máximo, reducirla tras evaluar la situación económica o denegarla por su vinculación con el delito.

⁶⁸ SALINERO ALONSO, C., "La indemnización de víctimas..." *ob. Cit.*, pág. 20.

⁶⁹ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 20 de abril de 2009.

A pesar del importante papel de esta Directiva, a nuestro juicio presenta dos limitaciones destacables. En primer lugar, se aplica exclusivamente a las víctimas de delitos que están en situaciones transfronterizas. Además, solo establece un sistema de cooperación para facilitar el acceso a la indemnización a dichas víctimas, esto es, se centra en la indemnización económica obviando otras medidas encaminadas a proporcionar una protección integral, a pesar de que, en el seno de la UE, se tenga por objetivo principal la protección y asistencia de carácter integral⁷⁰.

Consideramos necesaria una regulación de mínimos que contemple las principales cuestiones de esta indemnización o compensación, tal y como se hacía en la propuesta. De este modo podrían quedar regulados aspectos esenciales como el ámbito territorial y personal, los daños incluidos, criterios para fijar el importe, previsión de anticipos, procedimientos y requisitos para su solicitud, entre otros. A nuestro juicio, con ello sería posible reducir las notables diferencias que existen hoy en día en los sistemas indemnizatorios de los Estados, garantizando de este modo la igualdad de condiciones y de trato para todas las víctimas de la UE, independientemente del territorio donde el delito se haya cometido.

3.2.1.2. La Directiva 2012/29/UE sobre normas mínimas de derechos apoyo y protección a las víctimas de delitos.

Dados los avances en el seno de la UE en cuanto a la protección de las víctimas de delitos, así como las nuevas cuestiones surgidas, se planteó la necesidad de revisar y ampliar el contenido de la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001. Así, se estableció la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que sustituye a la Decisión Marco anteriormente referida y se fijan una serie de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y protección a las víctimas de todo tipo de delitos.

Este instrumento pretende dar una mejor respuesta a las víctimas dentro del sistema penal, obligando a los Estados miembros a regular las disposiciones que en esta Directiva se fijan, con fecha límite el 16 de noviembre de 2015. Fruto de ello, se desarrolló en España la Ley 4/2015, así como el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, que lo desarrolla y regula las oficinas de asistencia a las víctimas.

Se concibe como un estatuto jurídico de las víctimas a nivel europeo, sin perjuicio del desarrollo específico de otras directivas cuyos ámbitos de protección son más específicos (delitos relativos a la trata de seres humanos, abusos sexuales o explotación sexual infantil, por ejemplo).

⁷⁰ Esta idea es defendida por BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., “La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre-diciembre 2013, págs. 897-934.

El concepto de víctima establecido es más amplio que en la anterior Decisión Marco, incluyendo a los familiares de la persona fallecida por el delito que hayan sufrido un daño y perjuicio por esa muerte⁷¹ y excluyendo a las personas jurídicas. Respecto a los derechos reconocidos, recoge los siguientes:

- 1) derecho a la información sobre los derechos que les corresponden y las acciones oportunas a ejercitar, así como de los servicios de apoyo existentes, lo que incluye la interpretación o traducción cuando sea preciso.
- 2) derecho a la participación en el proceso penal garantizando un papel efectivo de la víctima. Específicamente se refiere a un conjunto de derechos mínimos como son: que sean oídas, facilitar medios de prueba y el acceso a sistemas de asistencia jurídica gratuita.
- 3) derecho a la protección de su seguridad e intimidad para garantizar cualquier represalia, intimidación o victimización secundaria por su participación en el proceso.
- 4) Derecho a la asistencia y apoyo, para lo cual los Estados deberán garantizar el establecimiento de servicios públicos o a través de organizaciones no gubernamentales para que las víctimas reciban la orientación jurídica, psicológica y social precisa.
- 5) Derecho a la reparación e indemnización de daños y perjuicios.

Respecto a este último, la Directiva establece el derecho a las víctimas a recibir, en el curso del proceso penal, una resolución en la que se recojan las precisiones de la indemnización por daños y perjuicios irrogados, promoviendo las medidas para que esta se efectúe adecuadamente. Si bien, se prevé que en numerosas ocasiones será difícil conseguir que se proceda al pago de una indemnización efectiva, con lo que es vital acudir a las disposiciones de la Directiva 2004/80/CE del Consejo (ya que no establece nada al respecto) para que, subsidiariamente, se tenga acceso a una compensación económica a cargo de fondos públicos, con independencia del territorio de la Unión donde haya tenido lugar el delito.

Para concluir, podemos afirmar que se trata de un instrumento más completo y eficaz que su antecesora y posibilita un mayor control sobre los Estados miembros. Sin perjuicio, de que los jueces nacionales tienen que interpretar la normativa nacional conforme a la Directiva, además, se establece la obligación de emitir un informe al Parlamento Europeo y al Consejo, tal y como establece el artículo 29 de la Directiva,

⁷¹ Este concepto coincide con el establecido en la Recomendación N° R (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa pero sigue siendo más restrictiva que la prevista en el Derecho Internacional por la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de poder aprobada por la Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, donde se incluye además a las personas que hayan podido sufrir daños al intervenir en la asistencia a la víctima en peligro o evitar la victimización.

en el plazo máximo de dos años a partir de la fecha límite prevista para la transposición, donde se evaluará si los Estados han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo previsto. Posteriormente, cada tres años, deberán comunicar a la Comisión los datos sobre el acceso de las víctimas al ejercicio de sus derechos.

Como vemos, en la UE se ha fijado como principal preocupación y prioridad la protección de las víctimas de delitos en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Por medio de la Directiva 2012/29/UE se busca avanzar en ese sentido, estableciendo unos estándares de protección comunes a todos los Estados, los cuales tienen la obligación de cumplir y mostrar que están inmersos en el compromiso fijado a nivel comunitario. Para ello, es necesario dotar de un sistema de recursos tanto personales y materiales que hagan posible todo lo que en sus postulados se recoge, pues de lo contrario, es muy difícil que en la práctica llegue a conseguirse la efectiva satisfacción de las necesidades de las víctimas.

3.2.2. La tutela del TJUE del derecho a la reparación y compensación

El derecho de las víctimas a la reparación y compensación comprende “*la recuperación del bien intacto (restitución), la reparación económica tanto en su persona como en sus bienes y derechos (económicos y morales) y la indemnización por los perjuicios sufridos*”⁷².

En el ámbito de la UE se ha pretendido dar una especial protección a todos los ciudadanos, estableciéndose en la Directiva 2012/29/UE, las obligaciones del autor del delito a la reparación, restitución e indemnización y en su defecto, establece que corresponderá al Estado responder en sustitución del infractor, no por responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de sus servicios sino por los principios de Solidaridad Social y de Equidad, que en nuestro ordenamiento se recogen en el art. 9.2. CE.

Este problema puede agravarse en situaciones transfronterizas y es por ello por lo que a través de la Directiva 2004/80/CE, se crea un sistema de cooperación entre las autoridades estatales para que las víctimas puedan dirigirse a la autoridad de su Estado de residencia para solicitar la indemnización, la cual estaría obligada a dar toda la información necesaria para conseguir la satisfacción de sus necesidades siendo el Estado en cuyo territorio se cometió el delito el obligado a abonar la compensación, en su caso.

Con base en las disposiciones de esa Directiva, los distintos sistemas nacionales relativos a las indemnizaciones correspondientes a los Estados miembros tienen que ser accesibles a todos los ciudadanos de la UE, esto es, deben cumplir con el *principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*, tal y como ha venido señalando el TJUE. Este principio quedó consagrado a partir del caso Cowan, de tal forma que, todos los

⁷² GÓMEZ COLOMER, J.L. “Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 37, enero-marzo 2015.

ciudadanos de la UE tienen la posibilidad de ser indemnizados independientemente de que sean o no nacionales del Estado donde se comete el delito⁷³.

A su vez, este principio se debe aplicar a los casos relativos al *derecho de indemnización por el Estado del extranjero familiar de una víctima de un delito ocurrido en el territorio de otro Estado*. Si un Estado reconoce el derecho a sus nacionales, también debe hacerlo para y con respecto a los nacionales de otro Estado miembro que trabajen o residan en su territorio. Así quedó determinado en la sentencia del Caso Woods del TJUE, la cual resolvió la cuestión planteada por la *Commission d'indemnisation des victimes d'infractions del Tribunal de Grande Instance de Nantes*⁷⁴.

⁷³ Se planteó una cuestión prejudicial por la *Commission d'indemnisation des victimes d'infraction du Tribunal de grande instance de Paris*, sobre la interpretación del principio de no discriminación por el procedimiento entre Ian William Cowan y *Trésor Public*. El Sr. Cowan era un nacional británico que fue víctima de una agresión violenta a la salida del metro con ocasión de una breve estancia en París. Los autores no fueron identificados por lo que el Sr. Cowan pidió una indemnización en virtud del art. 706-3 del *Code de procédure pénale*, que permite que el Estado indemnice en los casos en los que se haya causado un daño corporal y secuelas con cierta gravedad a la víctima de una agresión cuando no pueda percibirla efectiva y suficientemente por otra vía. El *agent judiciaire du Trésor* alegó que no reunía los requisitos del artículo 706-15 puesto que establece que sólo pueden beneficiarse de esta indemnización los “*nacionales franceses o los extranjeros que justifiquen ser nacionales de otro Estado que haya celebrado con Francia un acuerdo de reciprocidad para estas disposiciones y que reúnen los requisitos establecidos para dicho acuerdo o bien que tengan permiso de residencia*”. Por ello, el Sr. Cowan alegó el incumplimiento del principio de no discriminación con base en el art. 7 del Tratado CEE, y defendía que esto dificultaba a los turistas desplazarse libremente. El *agent du Trésor* y el *Ministère public* respondieron que las normas equiparaban a todos los extranjeros residentes con los nacionales y que el hecho de diferenciar a los turistas era conforme al Derecho comunitario. Por ello se planteó la cuestión prejudicial. El TJUE determinó que “*en la medida en que se sigue el principio de no discriminación, se opone a que un Estado miembro subordine la concesión de un derecho al requisito de ser titular de un permiso de residencia o ser nacional de un país con acuerdo de reciprocidad [...]. Cuándo el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de ir a otro Estado miembro, es un corolario de esa libertad que la persona esté protegida contra el daño de igual modo que los ciudadanos o residentes en el Estado miembro en cuestión. El principio de no discriminación es aplicable a los prestatarios de servicios en el sentido del Tratado, por lo que se refiere a la protección contra el riesgo de asalto y el derecho a obtener una indemnización económica prevista por el derecho nacional cuando ese riesgo se materialice*”. Finalmente, concluye que “*el principio de no discriminación del artículo 7 del Tratado CEE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por lo que respecta a las personas a las que el Derecho comunitario garantiza la libertad de desplazamiento, en especial como destinatarios de servicios, subordine la concesión de una indemnización del Estado, destinada a reparar el perjuicio causado en dicho Estado a la víctima de una agresión que haya producido un daño corporal, al requisito de ser titular de un permiso de residencia o al de ser nacional de un país que haya celebrado un acuerdo de reciprocidad con dicho Estado*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1989, Asunto 186/87 Ian William Cowan contra Trésor Public, EUR LEX en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0186> (última fecha de consulta 13.02.2017)

⁷⁴ Sentencia del TJ, Asunto C-164/07, Woods contra Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions. El Sr. Woods era un hombre de nacionalidad británica y residente en Francia durante más de 20 años, con sus 3 hijos y su pareja francesa. Una de las hijas murió a causa de un accidente de tráfico en Australia donde estaba realizando prácticas de sus estudios en Londres. Los padres solicitaron una indemnización a la *Comission* que, de acuerdo con la legislación francesa, se otorgó a los derechohabientes de la fallecida, con excepción del padre por ser británico. Por ello, presentó una demanda contra la *Comission d'indemnisation* por discriminación por razón de la nacionalidad. La *Commission d'indemnisation des victimes d'infractions del Tribunal de Grande Instance de Nantes* presentó una cuestión prejudicial ante el TJ para determinar si la nor-

Con todo ello queda claramente prefijado el principio de no discriminación respecto a la compensación estatal en el ámbito de la UE, si bien, el problema existe si un Estado no cuenta con dicho sistema, con lo cual, podemos cuestionarnos si la Directiva 2004/80/CE establece la obligación a los Estados miembros de establecerlo.

En este sentido, el artículo 12.2 de esta Directiva, señala que “*todos los Estados miembros garantizarán que sus normas nacionales establecen la existencia de un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada*”. Con ello, exige la determinación de un sistema de indemnizaciones para las víctimas de delitos dolosos violentos que hayan tenido lugar en sus territorios para que se garantice una compensación justa y adecuada.

A pesar de que, de una lectura del mismo precepto parece quedar claro que sí existe tal obligación, a partir del asunto Paola C⁷⁵ el TJUE se pronunció sobre si dicho artículo obligaba o no a crear tal sistema de indemnizaciones cuando no exista tampoco para las propias víctimas nacionales. Con ello, se planteaba si se obligaba a crear un sistema de indemnización estatal o público, reconociendo un efecto vertical a la Directiva.

Al tratarse de un supuesto de interpretación de una norma comunitaria, el TJUE inadmitió la cuestión, pues señaló que “*en todo caso se trataría de un supuesto de incumplimiento del derecho comunitario*” pero contestó indirectamente, determinando que “*la Directiva no obliga si no obliga el derecho nacional*”⁷⁶.

Este asunto dejó en evidencia las carencias existentes, especialmente en cuanto al ámbito subjetivo, ya que solo comprende a víctimas transfronterizas.

mativa comunitaria se oponía a la nacional a lo que el TJUE resolvió que afirmativamente, destacando que la única diferencia entre el Sr. y la Sra. Woods era la nacionalidad, por lo que reiteró en la jurisprudencia relativa al principio de no discriminación.

⁷⁵ ATJ de 30 de enero de 2014, as. C-122/13. En este caso la Sra. C, alegaba haber sido víctima de agresiones sexuales por un indigente sin empleo ni vivienda condenado a pagarle 20.000€ pero que, además de ser insolvente, cuando saliese de la cárcel sería expulsado del país, por lo que desaparecía toda posibilidad de obtener alguna indemnización. Italia no había adoptado las medidas establecidas en el art. 12 de la Directiva 2004/80/CE por lo que no había posibilidad de obtener del Estado una indemnización justa y adecuada. El Estado argumentó que esta Directiva es para víctimas transfronterizas, y la Sra. C era de nacionalidad italiana por lo que solicitó la inadmisión de la demanda. El órgano remitente planteó si el art. 12.2. de la Directiva podría entenderse que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que garanticen la indemnización de todas las víctimas de cualquier delito doloso y violento.

⁷⁶ ATJ as. C-122/13: n° 15 “*Es cierto que, según reiterada jurisprudencia, incluso en una situación puramente interna, el TJ puede proceder a la interpretación solicitada cuando el Derecho nacional obligue al órgano jurisdiccional remitente... a reconocer a los ciudadanos nacionales los mismos derechos que los que se derivarían para una nacional de otro Estado miembro del Derecho de la Unión en la misma situación. No obstante, no incumbe al Tribunal de Justicia tomar tal iniciativa si de la petición de decisión prejudicial no se desprende que el órgano jurisdiccional remitente tenga efectivamente tal obligación*”. N° 17: “*Pues bien, en el caso de autos, basta señalar que, pese a que la Comisión Europea, en sus observaciones escritas, ha mantenido que tal obligación se deriva del Derecho constitucional italiano, de la propia resolución de remisión no resulta que el Derecho italiano obligue al órgano jurisdiccional remitente a reconocer a la Sra. C los mismos derechos que los que para un nacional de otro Estado miembro se derivarían del Derecho de la Unión en la misma situación*”.

3.2.3. Los sistemas de compensación estatal en los distintos países de la UE

Los Estados miembros de la UE han creado instrumentos normativos regulatorios de sistemas públicos para compensar económicamente a las víctimas por los daños sufridos a causa de un delito, los cuales, operan cuando la indemnización correspondiente al responsable no sea posible. Estos instrumentos tienen diversa naturaleza y buscan proteger y tutelar los derechos de las víctimas de delitos, cumpliendo así con lo dispuesto por la normativa europea.

Algunos lo han desarrollado en el ámbito de los procedimientos penales, en cuyo caso, siguen la Directiva 2011/99/UE, sobre la Orden Europea de Protección, mientras que para otros, son normas de naturaleza civil⁷⁷ o administrativa y estarán a lo dispuesto en el Reglamento 606/2013/UE⁷⁸.

Cabe destacar que, los últimos instrumentos normativos comunitarios de protección han tenido en cuenta la existencia de estas diferencias y por ello son de naturaleza diversa⁷⁹.

Nueva Zelanda fue el país precursor en desarrollar programas de asistencia y compensación a las víctimas en el año 1963. A su vez, ha sido especialmente relevante el modelo anglosajón, cuyo origen tiene lugar en 1964 con “The Criminal Injuries Scheme”⁸⁰.

Entre los distintos modelos, podemos ver que existen diferencias en cuanto al grado de regulación ya que, mientras en países como Francia y Bélgica se ha establecido una amplia y detallada normativa⁸¹, en otros ha sido más limitada, como por ejemplo en Italia.

⁷⁷ Tal y como señala VIDAL FERNÁNDEZ B., “Reparación de las víctimas...”, *ob. Cit.*, pág. 3, tienen normas de naturaleza civil países como Austria, Alemania, Suecia, Luxemburgo y Finlandia y de naturaleza administrativa, Holanda y Dinamarca.

⁷⁸ La Comisión busca que se aplicasen los Reglamentos sobre competencia, reconocimiento y ejecución en materia civil y penal (44/2001 Bruselas I) y en el ámbito matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento 2201/2003, Bruselas II bis). Si bien, Bruselas I “*reconoce competencia a funcionarios que nunca podrán ejecutar determinadas medidas de protección de una víctima* y Bruselas II bis *excluye precisamente estas medidas en cuanto accesorias a las decisiones de separación o de disolución del vínculo matrimonial*”. Ante la necesidad de reformarlos para dar cabida a estas medidas, la Comisión finalmente se decidió por un nuevo Reglamento sobre las llamadas “órdenes de protección civiles transfronterizas”. Así lo expone PEYRÓ LLOPIS A., “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Revista española de derecho europeo* Nº 46, 2013, págs. 9-28 en https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures-358-es.do

⁷⁹ Así lo defiende HOYOS SANCHEZ M.: “El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la UE: la Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* Nº 38, 2015, págs. 63-105. También en “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”. *Revista General de Derecho Procesal* Nº. 34, 2014, pág. 5. Se establecieron estos distintos instrumentos por las diferentes legislaciones nacionales que varían tanto en las medidas a adoptar en función de los delitos, como en la naturaleza jurídica, los órganos competentes para adoptarlas o las consecuencias de su inobservancia.

⁸⁰ Ídem pág. 93.

⁸¹ RED JUDICIAL EUROPEA: *Normativa relativa a la indemnización a las víctimas de delitos* en http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_ger_es.htm (última fecha de consulta 14.05.2017)

En Bélgica se desarrolló en 1985 un sistema que posibilitaba obtener la indemnización a los particulares que hubiesen sufrido un “*acto deliberado de violencia*”, que, en principio, se entiende que son los delitos violentos, aunque la Comisión tiene libertad de interpretación. En Francia, fue el 6 de julio de 1990 cuando se desarrolló un régimen autónomo de indemnizaciones para las víctimas basado en la solidaridad nacional, por el cual, se pretendía una reparación íntegra de los daños causados a las víctimas de agresiones graves contra la integridad física y de violencias sexuales, víctimas de agresiones leves y de determinados delitos contra la propiedad.

A diferencia de estos, en Italia, se ha venido argumentando que buscan establecer un sistema basado en la solidaridad social, pero, sin embargo, el sistema existente solo se refiere a víctimas de actos de terrorismo y delincuencia organizada. El TJUE se ha pronunciado sobre ello, determinando que no se cumplen con las exigencias establecidas en la Directiva 2004/80/CE, pero solo respecto a casos transfronterizos⁸², dejando en evidencia que el sistema establecido presenta grandes deficiencias, no contando por tanto con un sistema con el que compensar a las víctimas de *todos* los delitos dolosos y violentos. Cabe destacar además que, a pesar de la existencia de un fondo para la asistencia de las víctimas, tradicionalmente se le ha dado otros destinos ya que los fondos que no pueden ser gastados para las finalidades por las que se crearon pueden ser usados para otras de tipo asistencial y, llama la atención que tradicionalmente este fondo ha sido empleado para otros fines, especialmente para propuestas relacionadas con reinserción de condenados y especialmente de quienes se encuentran en tercer grado⁸³.

Si observamos el sistema establecido en Gran Bretaña, podemos ver que está restringido a los daños físicos o psicológicos, así como a las pérdidas y gastos sufridos por la comisión de un delito violento. En cuanto a los requisitos, es necesario que los daños superen una cuantía mínima, pero no se establecen reducciones con base en el sistema de la Seguridad Social y, además, es requisito indispensable que la víctima colabore en la persecución del delito⁸⁴.

Respecto al modelo alemán, es en 1976 cuando se desarrolla la Ley de Indemnización a las víctimas de delitos violentos. Para que la ayuda tenga lugar, es necesario que exista una ofensa violenta e intencional a una persona concreta; la lesión tiene que ser grave o ha debido existir un daño permanente en la salud y debe existir relación causal entre el delito y el daño. Además, se establecen ciertos supuestos en los que puede ser

⁸² STJUE de 11 de octubre de 2016, Asunto C-601/14. Esto será explicado con más detalle a continuación dada la relevancia que podría tener al plantear el reflejo del caso italiano con el español, y por ende, una posible sanción a nuestro país por no cumplir los objetivos y exigencias marcados a nivel europeo.

⁸³ MATÍN RÍOS P.: “La reparación a las víctimas ...”, *ob. Cit.* Pág. 92

⁸⁴ ROIG TORRES M.: “La reparación del daño...” *ob cit.*, págs.370-372. También los datos relativos a los distintos sistemas europeos podemos encontrarlos en: ATLAS JUDICIAL EUROPEO: *La compensación a las víctimas de delitos* : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cv_applicants_fr_es.htm (última fecha de consulta 12.02.2017)

denegada, que se asemejan a los establecidos en el modelo español, salvo porque se exige que el perjudicado coopere en el esclarecimiento de los hechos, de lo contrario será denegada. Este tipo de ayudas son consideradas subsidiarias a las fuentes de reparación que se obtienen del sistema público de seguridad social.

Atendiendo a los sistemas nacionales europeos, vemos que el principal problema que surge entre ellos son las diferencias existentes, lo que ocasiona divergencias entre las víctimas en función del lugar de residencia o del lugar de comisión del hecho delictivo. Esto choca con la pretensión de establecer un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, así como con el objetivo de garantizar una compensación estatal justa y adecuada con independencia del territorio de la UE donde se haya cometido el delito.

A raíz de la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, apoyo y la protección de las víctimas de delitos, los Estados miembros están obligados a poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para cumplir con sus postulados, con fecha límite 16 de noviembre de 2015. Como consecuencia, los estados llevaron a cabo importantes cambios a lo largo del año 2015, desarrollando nuevas Leyes, como en el caso de España la Ley 4/2015, o adaptaron su normativa procesal o material, como Francia a partir de la Ley 17 de agosto de 2015 nº 2015-993 de adaptación del proceso penal al Derecho de la UE, o Alemania que dictó una Ley para fortalecer los derechos de las víctimas en los procesos penales (*Gesetz zur Stärkung des Opferrechteim Strafverfahren*), e Italia aprobó el Decreto Legislativo núm. 212, de 15 de diciembre de 2015⁸⁵.

A pesar de los cambios introducidos a partir de esta Directiva, los aspectos esenciales de las acciones que tienen las víctimas para lograr la reparación no se ha visto modificada sustancialmente. Esto ha sido así porque se sigue considerando que este ámbito pertenece al “núcleo duro” de los sistemas procesales nacionales⁸⁶.

Reiteramos en este punto nuestra idea de que, si se hubiesen regulado una serie de disposiciones mínimas tal y como se establecía en la propuesta de la Directiva 2004/80/CE, se habrían eliminado la gran parte de diferencias existentes en los sistemas indemnizatorios facilitando la igualdad entre todas las víctimas dentro de la UE. La única referencia a la obligación de los estados para y con respecto a este sistema indemnizatorio, queda recabado en el ya citado art. 12.2 y con ello, hemos visto que no se consigue una convergencia de mecanismos, sino que, a nuestro juicio, se da una amplia discrecionalidad a la hora de implementar o adaptar los sistemas nacionales.

Llegado este punto hemos considerado relevante hacer referencia a la reciente sentencia de la Gran Sala del TJUE, de 11 de octubre de 2016, en el asunto C-601-14.

⁸⁵ HOYOS SANCHO M.: “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas”. *Diario la Ley* Nº 8955, Editorial Wolters Kluwer Sección Tribuna, 5 de abril de 2017, pág. 6

⁸⁶ HOYOS SANCHO M.: “El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado”, *Thomson Reuters Aranzadi*, Cizur menor, 2016, y en su artículo “Principales avances...” *ibídem*.

En arreglo del art. 258 TFUE, resuelve un recurso por incumplimiento por parte de la República italiana, la cual es condenada por no observar lo dispuesto en la Directiva 2004/80/CE. En concreto se entiende vulnerado dicho artículo 12.2⁸⁷.

Como hemos señalado, en el sistema italiano solo está regulada la compensación a cargo del Estado respecto a las víctimas de los delitos relacionados con terrorismo y delincuencia organizada, por lo que la Comisión alegó en su recurso por incumplimiento, que los Estados miembros tienen la obligación de crear sistemas relativos a *todos* los delitos dolosos violentos y, por tanto, no pueden quedar excluidos algunos de ellos, entre los que se menciona la violación y otras agresiones graves de carácter sexual. El TJUE resolvió determinando que hay que atender a los objetivos de la Directiva y al sistema en que se integra y, por tanto, *“la disposición no prevé que los Estados miembros puedan limitar la aplicación del régimen de indemnización que deben establecer solamente a una parte de delitos dolosos cometidos en sus respectivos territorios”*⁸⁸.

Si bien, un punto importante aclarado por el Tribunal fue que, la Directiva se refiere a un régimen indemnizatorio para las víctimas de todos los delitos dolosos violentos cometidos en su territorio, cuando el asunto tenga *carácter transfronterizo*, por lo que *“una situación meramente interna no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva”*⁸⁹.

Así, el TJUE establece que un Estado puede determinar qué entiende por delitos dolosos violentos, pero no puede limitar el efecto útil del régimen indemnizatorio para las víctimas transfronterizas y en este punto es en el que Italia no ha cumplido. La cuestión que podríamos plantear es si Italia tiene que cambiar el régimen respecto a los casos de víctimas transfronterizas solamente, dejando la normativa existente respecto a sus nacionales y residentes cuando padecen otro tipo de delitos violentos distintos a los regulados, esto es, podríamos encontrarnos casos en los que para distintas víctimas (en función de si tienen o no nacionalidad italiana en este caso) de delitos sexuales por ejemplo, tendrían o no derecho a una indemnización por parte del Estado, lo que da lugar a un trato desigual⁹⁰.

Estas situaciones y otras similares, que dan lugar a que algunos ciudadanos de la UE estén más protegidos que otros y que tengan más derechos que los propios nacionales de los países en los que tienen lugar los hechos delictivos, podrían evitarse si se armonizasen las legislaciones nacionales en materia de indemnización de víctimas.

⁸⁷ Art. 12: Regímenes nacionales de indemnización: *1. Las normas sobre el acceso a una indemnización en situaciones transfronterizas establecidas por la presente Directiva se aplicarán basándose en los regímenes de los Estados miembros para la indemnización de las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios.*

⁸⁸ STJUE de 11 de octubre de 2016, Asunto C-601/14, párrafo 38.

⁸⁹ Párrafo 49 de la Sentencia.

⁹⁰ Este fue el caso del citado asunto C-122/13 que el TJUE por medio de Auto, inadmitió el 30 de enero de 2014 una decisión prejudicial planteada por el tribunal italiano ante un asunto relativo al derecho a la indemnización por una agresión sexual en la que se determinó *“que no resulta que el Derecho italiano obligue al órgano jurisdiccional remitente a reconocer los mismos derechos que para un nacional de otro Estado miembro se derivarían del derecho de la Unión en la misma situación”*.

4. EFICACIA PRÁCTICA DE LA LEY 35/1995

Tras analizar el conjunto normativo relativo a la víctima y su reparación, haciendo especial hincapié en el papel del Estado, pasamos a plantear si los objetivos y pretensiones perseguidos por este se materializan y, por ende, si el Estado cumple con su deber de dar una respuesta jurídica, social, reparadora y minimizadora de los efectos traumáticos que sea lo más amplia posible.

Dada la relevancia de la restauración económica que venimos recalcando y en atención a la posible falta de atención a la responsabilidad civil, es importante examinar la eficacia práctica del sistema compensatorio público como medio sustitutivo para la reparación de la víctima.

Si bien, antes de entrar en detalle sobre los resultados del sistema de ayudas estatales, hemos querido contextualizar el análisis observando, en primer lugar, la tasa de criminalidad en España, en contraste con las penas impuestas y el perfil del infractor en nuestro país.

4.1. La criminalidad en España

Con base en el Balance de Criminalidad que presenta el Ministerio del Interior, en el año 2015 se registraron 2.036.815 infracciones penales, esto es una tasa de criminalidad de 43,7 delitos por cada mil habitantes (incluidos delitos leves), lo que supone una disminución del 2,7% respecto a 2014, mientras que en el año 2016, tuvieron lugar 2.011.586 infracciones penales, esto es, una tasa del 43,2⁹¹, siguiendo con esa tendencia descendente. A continuación se presenta un gráfico de barras en el que se recoge el número de infracciones penales cometidas en España por año, así como un gráfico de línea que muestra la tasa de criminalidad por año⁹², con lo que podemos ver esta tendencia descendente, siendo la tasa de criminalidad del año 2016 7,4 puntos menor a la de 2005.

De las tipologías penales recogidas⁹³, cabe destacar que en el año 2015 y 2016 los homicidios dolosos y asesinatos consumados se han visto reducidos en un 6,2% y 3,3% respectivamente, en contraste con el año anterior, siendo la cifra para el año 2016

⁹¹ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Balance trimestral de criminalidad del año 2015 y 2016* en http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/5607116 Y <http://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estad%C3%ADsticas-criminalidad-esp%C3%A1a-2016> (última fecha de consulta 07.04.2017)

⁹² Todos los datos han sido obtenidos del Balance de Criminalidad en España del Ministerio del Interior.

⁹³ El balance agrupa los delitos en atención a la modificación implementada por la Oficina Estadística de la UE (EUROSTAT) para hacerlas coincidir con la Clasificación Internacional del Delito con fines estadísticos (ICCS) de Naciones Unidas.

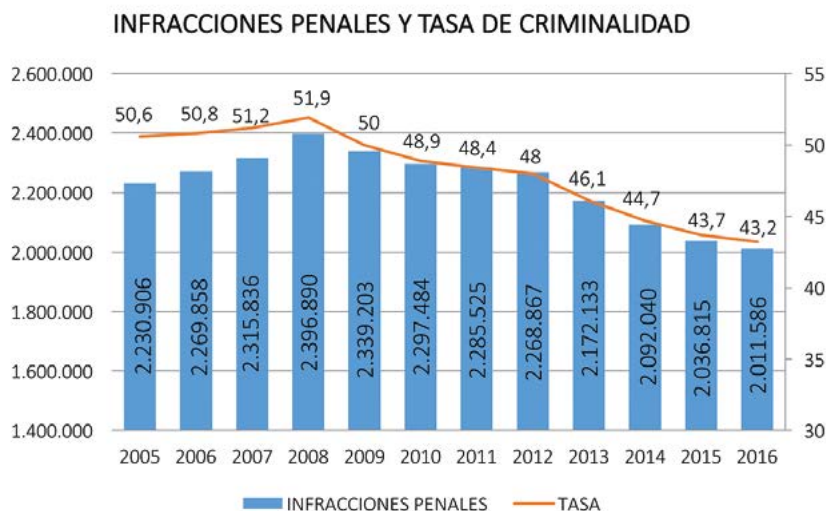


Gráfico 1. Infracciones penales por año y tasa de criminalidad en España

menor a los 300 casos. Además, España es el país de la UE con menor tasa de muertes violentas, solamente superado por Austria.

En general, desde el Ministerio se ha dado un balance positivo por los descensos en los indicadores objetivos de delincuencia y por la disminución de la percepción social de inseguridad ya que según el Centro de Investigación Sociológica (CIS) constituye una preocupación solo para el 3,2% de la población. Si bien, no debemos adoptar una posición conformista y tener en cuenta que estas situaciones ocasionan graves perjuicios a las víctimas, que en ningún caso van a sentirse identificadas por esta percepción positiva. El objetivo debe ser establecer las medidas preventivas necesarias para reducir al mínimo estos números, así como establecer garantías reparadoras que sean efectivas para todas ellas.

Según los datos recabados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), el número de adultos condenados en sentencia firme en el año 2015 fue de 222.862, lo que supone un incremento del 1,8% respecto al año anterior. Así, la tasa de personas condenadas (mayores de 18) por cada 1000 habitantes fue de 5,9, siendo de 10,3 para hombres y de 1,6 en las mujeres. En cuanto a los caracteres, cabe destacar que la edad media de personas condenadas fue de 36,1 años y la mayor parte de ellos fueron españoles (76,6%). Además, del total de condenados, el 80,3% lo fue por la comisión de un solo delito, mientras que el 19,7% lo fue por más de uno⁹⁴.

En cuanto a las penas, en el año 2015 se impusieron 617.696 penas en sentencias firmes dictadas e inscritas, esto es, un 0,3% más que en el año anterior. De ellas el

⁹⁴ Datos recabados del INE: Estadística de Condenados años 2015: Adultos. 22 de septiembre de 2016 (última fecha de consulta 17.04.2017).

Año	Adultos condenados			Tasa de variación anual (%)		
	Total	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres
2007	160.938	147.160	13.778	—	—	—
2008	206.396	188.215	18.181	28,2	27,9	32,0
2009	221.916	201.045	20.871	7,5	6,8	14,8
2010	215.168	193.801	21.367	-3,0	-3,6	2,4
2011	221.590	199.073	22.517	3,0	2,7	5,4
2012	221.063	196.876	24.187	-0,2	-1,1	7,4
2013	219.776	194.596	25.180	-0,6	-1,2	4,1
2014	218.827	191.608	27.219	-0,4	-1,5	8,1
2015	222.862	190.876	31.986	1,8	-0,4	17,5

Tabla 1. Evolución de personas condenadas adulta.

52,3% (tanto principales como accesorias) fueron privativas de otros derechos, destacando la inhabilitación especial para empleo; el 25% fueron penas privativas de libertad, siendo la pena de prisión la más frecuente; el 22,5% de multa y el 0,2% expulsiones del territorio nacional. Si hacemos especial hincapié en la pena de prisión, debemos señalar que se impusieron 152.937 penas, esto es, un 2,5% menos que en 2014, teniendo la mayoría una duración de cero a dos años. De ellas, las que presentan un mayor porcentaje fueron los delitos relativos al patrimonio y orden socioeconómico, seguido de delitos relativos a la seguridad colectiva y delitos de lesiones.

La gestión y seguimiento de las penas y medidas alternativas es competencia de la Administración Penitenciaria, regulada en el RD 840/2011, de 11 de junio, en el que se definen los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMA) como unidades administrativas dependientes de la Administración Penitenciaria. Se ha observado un descenso notable, siendo los trabajos beneficio de la comunidad un 5% menos y la suspensión y la sustitución de condena un 7,7% menos⁹⁵. Entre estas medidas, es destacable que, del total de mandamientos, las condenas de trabajo en beneficio de la comunidad alcanzan casi 9 de cada 10, siendo solo 1 de cada 10 las formas suspensivas y sustitutivas de la ejecución penal.

En cuanto al grado de cumplimiento, si diferenciamos según el género del condenado, en el caso de las mujeres, de los expedientes que han sido finalizados o archivados el 96% (8.161) son trabajos en beneficio de la comunidad, siendo del 3,9% (328) suspensiones de condena. En cuanto a los hombres, del total de mandamientos finalizados o archivados, el 88,5% (69.897) son por trabajos en beneficio de la comunidad, siendo del 11,3% (8.949) suspensiones de condena. Esto hace que las condenas en cumplimiento, en gestión de cumplimiento o sin iniciar la tramitación, a 31 de diciembre de 2015, fuesen de un total de 53.120, de las cuales el 82% (43.589) son trabajos en beneficio de la comunidad y el 17,6% (9.368) son suspensiones y sustituciones de condena.

⁹⁵ MINISTERIO DE INTERIOR: Anuario estadístico 2015 página 551 y ss. (fecha de consulta 11.03.2017)

Tipo de pena	Género	Cumplidos/archivados	Stock a 31-12-2015	Total
TBC	Hombres	69.897	39.309	109.206
	Mujeres	8.161	4.280	12.441
	Total	78.058	43.589	121.647
Suspensiones/sustituciones	Hombres	8.949	8.916	17.865
	Mujeres	328	452	780
	Total	9.277	9.368	18.645
Medidas de seguridad	Hombres	91	163	254
	Total	91	163	254
Total	Hombres	78.937	48.388	127.325
	Mujeres	8.489	4.732	13.221
	Total	87.426	53.120	140.546

Tabla 2. mandamientos gestionados por género durante 2015⁹⁶.

4.2. La compensación estatal a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual en cifras

En este apartado nos referiremos a las partidas estatales destinadas a la compensación de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual con base en la Ley 35/1995, así como al número de reconocimientos que se han otorgado en los distintos años.

El sistema de ayudas español se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, por medio del proceso que se señaló en el capítulo 2. Si bien, desde el principio ha destacado la limitación de las cuantías reservadas a estos fondos. Como indicamos anteriormente, ya en la exposición de motivos de la Ley 35/1995 se señala que se atiende a “*elementales razones de prudencia financiera*” que hacen que el sistema establecido para víctimas de delitos violentos no sea equiparable al de víctimas de bandas armadas y por delitos de terrorismo. A su vez, respecto a la red de oficinas de asistencia a las víctimas implantadas con el fin de generalizar la atención psicológica y social, llama la atención que el legislador señala expresamente en el RD 1109/2015, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las oficinas de asistencia a las víctimas del delito, que “*las medidas incluidas no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal*”, lo que dificulta la actuación de las mismas en tanto como parece lógico, nada de ello puede efectivamente ponerse en marcha sin los medios materiales y personales necesarios.

Además de las limitaciones económicas, los requisitos y condiciones a cumplir para que las víctimas sean finalmente beneficiarias del sistema de ayudas establecido

⁹⁶ MINISTERIO DE INTERIOR: Anuario estadístico 2015. (tabla 35). (fecha de consulta 11.03.2017)

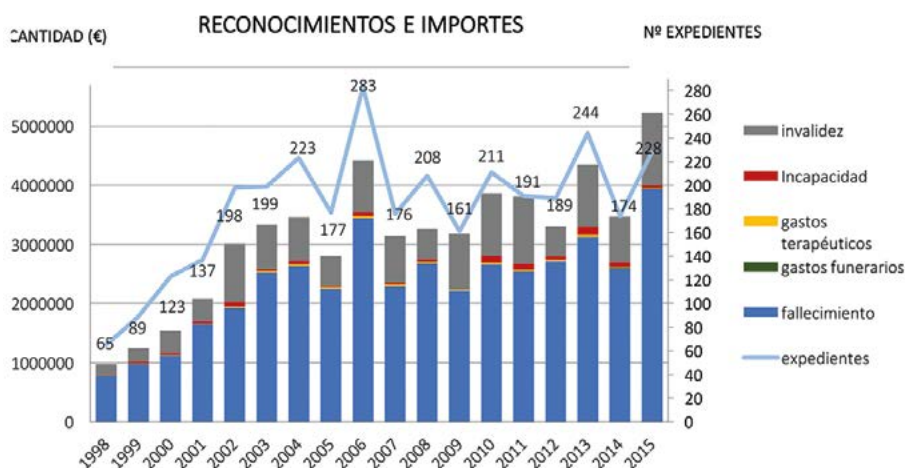


Gráfico 2. Ayudas a víctimas de delitos violentos –Ley 35/1995– Reconocimientos e importes (en euros)-

en la Ley 35/1995 son, a nuestro juicio, excesivamente restrictivos y limitadores de los supuestos y cuantías que finalmente pueden disfrutar de esta compensación.

A continuación se muestra una tabla resumen de los datos relativos a los reconocimientos de las ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁹⁷.

En esta podemos observar, por un lado, un gráfico de barras con los importes reconocidos por los distintos conceptos (en euros) para cada año y un gráfico de línea que recoge el número de expedientes en los que estas ayudas han sido reconocidas en cada año.

Si analizamos los casos en los que se han otorgado y los importes totales que el Estado ha destinado a estas ayudas, podemos ver que los números son reducidos. En general, ha existido un paulatino incremento de los reconocimientos desde la entrada en vigor de dicha Ley, si bien esta tendencia se ha frenado a partir del año 2007, que se observan subidas y bajadas. El número máximo de casos en los que se ha reconocido el derecho a este tipo de compensación no supera los 300 casos (283 en 2006) para todo el territorio nacional en un año y respecto a la cuantía, podemos ver que el importe máximo se observa en el año 2015, con un total de 5.225.738,67€.

En concreto, en el año 2015, tuvieron lugar 228 reconocimientos lo que supone una media cercana a los 23.000€ por expediente. Si bien, esta cifra es mayor a los otros años, puesto que, a pesar de no ser el que presenta mayor número de expedientes, el número de casos en los que ha habido fallecimiento es superior al resto. Con ello, podemos afirmar que las mayores partidas son entregadas en los casos en los que la víctima ha

⁹⁷ Los datos han sido obtenidos a partir de la información recabada en el ANEXO 2: SOLETO MUÑOZ H. Tabla de ayudas a víctimas de delitos violentos - Ley 35/1995 - reconocimientos e importes (euros).

fallecido, siendo la menor cuantía concedida para los gastos terapéuticos y los gastos funerarios, debido también a la limitación de supuestos en los que este tipo de gastos son cubiertos por estas ayudas.

Con todo ello, nos gustaría resaltar que pese al importante papel que cumplen estas ayudas para y con respecto a las víctimas, en nuestra opinión son escasas en nuestro país. Con base en este estudio podríamos plantear si la eficacia práctica es suficiente para cumplir los objetivos impuestos a los países miembros de la UE, y en su caso, si España debería modificar sus disposiciones normativas en aras a ampliar tanto los supuestos que pueden recibir este tipo de compensaciones como las partidas económicas destinadas a tal fin.

CONCLUSIONES

El panorama de la víctima en el marco del proceso penal ha cambiado mucho a lo largo del tiempo y se ha pretendido alcanzar su protección y reparación. Tanto en nuestro país como en el entorno de la UE han proliferado las normas que regulan los distintos ámbitos de sus derechos, protección, apoyo y resarcimiento, pero lo relevante es que todo este conjunto normativo resulte ser eficaz en la práctica, y no se trate de una mera declaración de intenciones.

En este sentido, se busca en un primer momento que sea el responsable el que afronte la reparación, para lo cual el sistema indemnizatorio trata de dotar a la víctima de ciertas garantías. El problema surge cuando estos mecanismos no son suficientes, momento en el que el Estado, en atención a su condición de Estado Social, debe intervenir. Así se ha venido promoviendo en el marco internacional por medio de instrumentos como el Convenio de Naciones Unidas sobre Justicia y Apoyo a las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder y, especialmente en el marco europeo, además del importante Convenio 116, actualmente los Estados deben prestar especial atención a lo dispuesto en la Directiva 2012/29/UE y la Directiva 2004/80CE, entre otras más específicas.

En España, a raíz de la Ley 35/1995 se extiende el ámbito de compensación estatal, que hasta entonces solo cubría a las víctimas de actos terroristas, dando la posibilidad de obtener una ayuda pública a aquellas víctimas que cumplan con las precisiones establecidas en esta Ley.

A lo largo de este estudio, hemos venido observando que la Ley 35/1995 resulta ser, a nuestro juicio, excesivamente restrictiva y limitadora del alcance y la eficacia real de este tipo de ayudas. A pesar de que, en la exposición de motivos se hace referencia a una posible ampliación de la aplicación de la misma, a día de hoy no se ha experimentado ningún cambio a este respecto.

Se trata de ayudas subsidiarias e incompatibles respecto a la indemnización fijada en la sentencia. Su fin definido es otorgar una cobertura económica para evitar los

casos en los que, por causas ajenas a la víctima, como puede ser el desconocimiento del responsable, insolvencia, crisis anticipada del proceso penal por su archivo o sobreseimiento, se produzca una situación de falta de asistencia, contrario a los ideales del Estado Social y Democrático de Derecho. A pesar de que se haya pretendido establecer una clara diferencia con el sistema indemnizatorio, no se puede olvidar que debe satisfacer un contenido mínimo de resarcimiento que al final, va a entrar en contacto con la acción civil.

Las limitaciones establecidas en cuanto al ámbito subjetivo son demasiado grandes a nuestro juicio. Se establece de forma taxativa el conjunto de individuos que pueden ser considerados víctimas produciendo diferencias significativas respecto al régimen de ayudas establecido para las víctimas de actos terroristas. Esto supone una discriminación que perjudica a los familiares de las víctimas de delitos violentos que no lo sean por dicha categoría.

No solo ello, sino que, además, solo serán beneficiarios las víctimas de delitos violentos con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud tanto física como mental, a excepción de los delitos contra la libertad sexual que no se exige el requisito de ser practicados con violencia. En cuanto a las víctimas indirectas, se establece como requisito indispensable la dependencia económica, dejando de lado a aquellos otros que no cuenten con dicha condición a pesar de que puedan existir graves perjuicios. A ellos solo les quedaría el ejercicio de la acción civil.

Respecto a los tipos de delitos, quedan excluidos los imprudentes, así como los de carácter económico-patrimonial, a pesar de que podrían ser causantes de graves perjuicios y situaciones precarias a las víctimas.

Los gastos que quedan cubiertos, son de todo punto escasos a nuestro juicio, ya que se dejan de lado los daños morales puesto que no se contempla como elemento a tener en cuenta el dolor o el sufrimiento padecido. Tampoco se incluyen los gastos médicos o de hospitalización, excepto a los gastos de tratamiento terapéutico que se cubren en exclusiva en los delitos contra la libertad sexual, ni se contempla la posibilidad de ofrecer una pensión alimenticia a las personas que estuviesen a cargo de la víctima.

En definitiva, nuestra postura respecto al ámbito de aplicación objetivo, es también crítica por ser demasiado restrictivo. Solo ofrecen ayudas que estén encaminadas a subsanar las pérdidas de ingresos por las lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, así como las situaciones de dificultad económica que se hubiesen irrogado a las personas que dependiesen del fallecido. Así, se olvida de otros padecimientos propios del delito que requieren igualmente de subsanación para que la víctima se vea plenamente reparada como pueden ser daños materiales y/o morales. Además, consideramos que no deberían ser incompatibles con otro tipo de indemnizaciones que cubran el mismo concepto, al igual que ocurre respecto a los delitos de terrorismo.

A diferencia del régimen de ayudas, consideramos positivo la regulación e implantación de una red de oficinas de asistencia para las víctimas de todo tipo de delitos

que asistan en el área jurídico, psicológico, social-asistencial y médico. Sin embargo, el problema existente es la necesidad de fondos públicos, ya no solo para su creación sino para su mantenimiento y para garantizar el objeto para el que han sido creadas.

Otra crítica recae sobre el procedimiento para la solicitud de este tipo de ayudas, que es realmente complejo y, con carácter general, a posteriori del proceso penal, lo cual, puede frustrar las expectativas resarcitorias además suponer una carga para la víctima. Esto puede llevar a que renuncien a plantearse si quiera su solicitud por la excesiva burocratización y es, en definitiva, una fuente de victimización.

Las conclusiones respecto al Derecho europeo no auguran mejores opiniones. La Directiva 2004/80/CE debió haber regulado un sistema de normas mínimas vinculante sobre los aspectos que las compensaciones estatales debían tener, tal y como se establecía en la propuesta. Al no llevarse a cabo, hoy en día encontramos dos problemas básicos: por un lado, la protección a nivel europeo solo se refiere a víctimas transfronterizas y esto puede dar lugar a diferencias respecto a los propios nacionales de los países donde se comenten los hechos delictivos. Por otro lado, existen notables diferencias hoy en día en los sistemas indemnizatorios de los Estados miembros. Las carencias de esta Directiva se dejaron en evidencia en el Informe de la Comisión del Consejo, en el que se hacía constar, además, las dificultades añadidas por las barreras lingüísticas y la complejidad del proceso.

Estas carencias tienen reflejo en la práctica respecto a las cifras de ayudas concedidas. Las partidas presupuestarias destinadas a tal fin son limitadas, lo cual ya se venía anunciado en la propia Ley 35/1995 justificándolo en “razones de prudencia financiera”, limitando de este modo los supuestos resarcibles. Si bien, 20 años después seguimos en la misma línea, dado que en el RD 1109/2015, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las oficinas de asistencia a las víctimas del delito, se ha establecido que “*las medidas incluidas no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal*”, lo que dificulta la actuación puesto que son indispensables los medios materiales y personales para su funcionamiento.

La limitación de los fondos, sumado a las restrictivas condiciones establecidas para poder ser beneficiario de este tipo de ayudas, da lugar a las bajas cifras observadas, de forma que, el número de reconocimientos no ha alcanzado en ningún año los 300 expedientes y las cuantías se concentran básicamente en los casos en los que ha habido fallecimiento.

Con este estudio hemos querido dejar evidencia de las carencias del sistema establecido en nuestro Estado para las víctimas de delitos violentos, que presenta notables diferencias, y por tanto desigualdades, respecto al que regula las ayudas de las víctimas de actos terroristas. Esto nos lleva a pensar si podría darse el caso de que desde la Unión Europea se pudiese sancionar al Estado español, por contar con un sistema que finalmente no resulta ser eficaz y que tras 20 años no ha tenido el desarrollo y adaptación a las necesidades actuales de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos consultados

- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*, Dykinson, Madrid 2001.
- BLASCO RASERO, C., “La protección social del estado: ayudas asistenciales a favor de los ciudadanos sin recursos suficientes para vivir”. BIB 2012\725. *Revista española de Derecho del Trabajo* núm.154/2012, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012
- BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., “La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre-diciembre 2013.
- BUENO ARUS, F., “La atención a la víctima del delito”, *Revista de actualidad Penal*, núm. 27, 2 a 8 de julio de 1990.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción a la Criminología. División de Enseñanza y Perfeccionamiento de la Dirección General de la Policía*, Madrid 1985.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*. Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. “Análisis del nuevo estatuto de la víctima del delito: retos y oportunidades”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num.38/2015 Análisis Doctrinal. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015 BIB 2015\1442
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Buenas prácticas para la protección y asistencia a las víctimas en el Sistema de Justicia Penal”. *Boletín del Ministerio de Justicia número 2174*, enero 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “Marco Jurídico y nuevos instrumentos para un Sistema Europeo de Indemnización a las Víctimas de Delitos” *Boletín núm. 1980-81*, 2005.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., “Código de los Derechos de las Víctimas”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. “Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* nº 37, enero-marzo 2015.
- HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima, compendio de victimología*, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA) Madrid 1996.
- HOYOS SANCHO, M., “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, 2014.
- HOYOS SANCHO M., “El reconocimiento mutuo de las medidas de protección pe-

- nal y civil de las víctimas en la UE: la Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* Nº 38, 2015, ISSN 1575-4022.
- HOYOS SANCHO M., “El ejercicio de la acción penal por las víctimas. Un estudio comparado”, *Aranzadi Cizur*. Menor, 2016.
- HOYOS SANCHO M., “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas”. *Diario la Ley* Nº 8955, Editorial Wolters Kluwer, sección Tribuna, 5 de abril de 2017.
- MANRIQUE CABRERO, J.C., “Estudio de la normativa de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual” *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1891, 15 de abril de 2001
- MARTÍN RÍOS P., “La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* Vol. II - N. 3 – Septiembre-diciembre 2008.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L, M.^a PATRÓ HERNÁNDEZ, M.^a Y AGUILAR CÁRCELES M., *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2011.
- MUERZA ESPARZA, J., “El Estatuto de la Víctima del Delito”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 891/2014. BIB\2014\3387
- MUERZA ESPARZA, J., “Derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos en la Unión Europea”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 857/2013, 2013. BIB\2013\349
- OCHOA CASTELEIRO, A., “La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva directiva de la UE” Resumen del discurso pronunciado por la Dra. Ochoa Casteleiro en la Universidad de Bolonia, el 12 de abril de 2013
- PEYRÓ LLOPIS A., “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Revista española de derecho europeo*, Nº 46, abril-junio 2013, ISSN 1579-6302, en: https://ejustice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures-358-es.do
- PÉREZ MACHÍO ANA I. y MUÑAGORRI LAGUÍA I., “Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2. del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad”. *Revista Vasca Administración Pública* núm. Especial 00-100. Mayo-diciembre 2014, págs. 2017-2129 ISSN:0211-9560
- PUYOL MONTERO, F.J., “Noticia de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, núm. 4045, 28 de mayo de 1996.
- ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

- SALINERO ALONSO, C. “La indemnización de víctimas de delitos. Comentario a la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de los delitos”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 7, mayo 2005.
- SANZ HERMIDA, A. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- SILVA MARCHANTE D., *El plazo para reclamar la ayuda a favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, una cuestión resuelta (veinte años después)*, REVISTA LA TOGA en: <http://revistalatoga.es/el-plazo-para-reclamar-la-ayuda-a-favor-de-las-victimas-de-delitos-violentos-y-contra-la-libertad-sexual-una-cuestion-resuelta-veinte-anos-despues/> (última fecha de consulta 15.05.2017)
- SOTO NIETO, F., “Ayudas a las víctimas de los delitos violentos. Su relación con el proceso penal”, en *Diario La Ley*, núm. 4005, 23 de marzo de 1998.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reparación a la víctima en el Derecho Penal: estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Fundació Jaume Callís, Barcelona 1994.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. “La víctima en el Derecho Penal”, *Revista Aranzadi*, Pamplona, 1998.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- VIDAL FERNÁNDEZ B., “Reparación de las víctimas del delito en la Unión Europea: tutela por el tribunal de justicia de la UE del derecho a la indemnización”, *Revista de Estudios Europeos* n. 66, enero-junio, 2015.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., “Aproximación al sistema español de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, núm. 12, mayo-agosto, 1996.
- YOLDI MUÑOZ, M.T. “Un nuevo impulso hacia la protección a la víctima. Análisis crítico de la Directiva 2012/29/UE y del anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima”, noviembre 2015

Documentos institucionales

- ATLAS JUDICIAL EUROPEO. *La compensación a las víctimas de delitos* en http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cv_applicants_fr_es.htm (última fecha de consulta 12.02.2017)
- Circular 2/1998, 27 de octubre de 1998, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual.
- CGPJ: Guía para la práctica de la mediación intrajudicial en <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/10/guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intrajudicial.pdf> (fecha de consulta 03.03.2017)
- CGPJ: Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en *Acuerdos del*

- Pleno del Consejo General del Poder Judicial*, Segundo Semestre 1996, Sesión de 25 de septiembre de 1996, CGPJ, Madrid, 1996.
- CGPJ: Informe al Anteproyecto de Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos (Pleno del 5 de abril de 1995), en *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 123, Madrid, mayo 1995.
- INE: Estadística de Condenados: Adultos / Estadística de Condenados: Menores Año 2015. Septiembre 2016 (última fecha de consulta 17.04.2017)
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Clases pasivas*, en <http://www.clasespasivas.sepg.pap.minhfp.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/Pensiones-Prestaciones/victimasdeltitos/Paginas/ClasesdeAyudas.aspx> (última fecha de consulta 04.05.2017)
- MINISTERIO DEL INTERIOR: Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2015 en <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas> (fecha de consulta 11.03.2017)
- MINISTERIO DEL INTERIOR. *Balance trimestral de criminalidad del año 2015 y 2016* en http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8A-p6ztgsg/content/id/5607116 y <http://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estad%C3%ADsticas-criminalidad-esp%C3%B1a-2016> (última fecha de consulta 07.04.2017)
- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra libertad sexual*, en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774766880/EstructuraOrganica.html>, (última fecha de consulta 17.04.2017)
- RED JUDICIAL EUROPEA: Normativa relativa a la indemnización a las víctimas de delitos en http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_ger_es.htm (última fecha de consulta 14.05.2017)
- RED JUDICIAL EUROPEA, *Indemnización a las víctimas de delitos en otros países de la UE* en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l33174> (última fecha de consulta 20.04.2017)
- Ríos Martín, J. C. *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia* (Universidad Pontificia de Comillas). Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-penal/>

Documentos institucionales

- Antón Blanco, J.L. (2008). *Incidencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en la responsabilidad penal*. Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial.
- La imagen de la justicia en la sociedad española. Séptimo Barómetro de Opinión del Consejo General del Poder Judicial (2000). Realizado por Demoscopia, S.A., bajo la dirección de José Juan Toharia.

- La imagen de la justicia en la sociedad española. Noveno Barómetro de Opinión del Consejo General del Poder Judicial (2005). Realizado por Metroscopia., bajo la dirección de José Juan Toharia.
- La imagen de la justicia en la sociedad española. Décimo Barómetro de Opinión del Consejo General del Poder Judicial (2008). Realizado por Metroscopia, bajo la dirección de José Juan Toharia.
- La imagen de los abogados y de la Justicia en la sociedad española. IV Barómetro externo del Consejo General de la Abogacía Española (2011). Realizado por Metroscopia bajo la dirección de José Juan Toharia.
- La imagen de los abogados y de la Justicia en la sociedad española. V Barómetro externo del Consejo General de la Abogacía Española (2015). Realizado por Metroscopia bajo la dirección de José Juan Toharia.
- “The 2016 EU Justice Scoreboard”. Eurobarómetro sobre la Justicia en Europa (2016). Realizado por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Banco Central de Europa y el Comité de Regiones.
- La percepción de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia* (2014). Realizado Consejo General del Poder Judicial.

Capítulo XXII

EL PAGO DE INDEMNIZACIONES POR EL ESTADO EN TERRORISMO

Ana Pérez Campón

1. INTRODUCCIÓN

El terrorismo es un delito que busca alterar el orden constitucional y la paz pública y social, para así sembrar el miedo y poder lograr unos objetivos determinados. Es decir, el delito de terrorismo – pese a tener víctimas concretas y directas que sufren en primera persona los atentados – no tiene como fin último el dañarlas (como sí sucede en delitos como el robo o los delitos sexuales, entre otros); sino dañar nuestra sociedad, nuestra democracia y nuestro sistema, enviando así un mensaje concreto.

Los tribunales de justicia, como mecanismos ordinarios para la investigación de crímenes, están diseñados para enfrentar la criminalidad ordinaria; pero estos se vuelven en ocasiones insuficientes para obtener el reconocimiento, la justicia y la reparación para todas las víctimas¹ de los delitos de terrorismo, en los que el fin buscado es político y el número de víctimas es inmenso. En el Considerando 16 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo se recoge que “*las víctimas del terrorismo han sufrido atentados cuya intención última era hacer daño a la sociedad. Por ello pueden necesitar especial atención, apoyo y protección, debido al especial carácter del delito cometido contra ellos. Las víctimas del terrorismo pueden ser objeto de un importante escrutinio público y a menudo necesitan el reconocimiento social y un trato respetuoso por parte de la sociedad. En consecuencia, los Estados miembros deben tener especialmente en cuenta las necesidades de las víctimas del terrorismo, y esforzarse por proteger su dignidad y seguridad*”². Se tiene en cuenta así que las víctimas de delitos de terrorismo, por la

¹ Dorado Porras, Javier. *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables* (2014). Dykinson. ISBN: 84-9031-922-7, 978-84-9031-922-2.

² Directiva 2012/29/UE Del Parlamento Europeo Y Del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo; considerando 16. Publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea, el 14 de noviembre de 2012. <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Acceso por última vez el 10 de mayo de 2017.

finalidad perseguida por el delito, son víctimas cuya reparación y compensación debe de recibir especial atención por parte de los poderes públicos y del Estado.

Es por todo lo anterior por lo que la justicia restaurativa y la reparación a las víctimas cobra tanta importancia en el tipo de delito que aquí nos ocupa. Porque estas contribuyen a “*ampliar la respuesta social al mismo*” (Alberto José Olalde Altarejos, “Los ojos del otro”)³. Y mientras que, como ya se ha afirmado, la justicia en los tribunales tiene capacidades limitadas; la justicia restaurativa propone actuaciones más profundas, comprendiendo no sólo el castigo al infractor sino también la revelación de verdades y memorias, la satisfacción de la víctima, la participación de la comunidad y la recuperación de la persona que ha cometido el delito, en este caso, la persona que comete un atentado terrorista⁴.

Así, en palabras del mismo autor, “frente a la justicia “punitiva o retributiva” la justicia restaurativa ve los hechos delictivos de una manera más amplia asumiendo que las infracciones no sólo son una mera transgresión de las leyes, sino que además de transgredirlas, dañan a las víctimas, a las comunidades e incluso, a quienes las cometen. Además, involucra a más individuos a la hora de dar respuesta al delito (es decir, no solo incluye al Estado y al infractor, sino también a las víctimas y a las comunidades afectadas) por lo que, en consecuencia, mide el éxito de forma diferente: tiene en cuenta también el daño prevenido y/o reparado y no sólo el castigo impuesto”⁵.

Este trabajo busca analizar los métodos que emplea el Estado para reparar a las víctimas del terrorismo, de la manera más completa e integral posible. A través de estas medidas –cualitativas, cuantitativas y asistenciales– el Estado busca tanto la reparación de la víctima y su compensación como evitar la victimización secundaria de la misma⁶.

Para comprender mejor porqué es del Estado –con la participación de la comunidad– en mayor medida la responsabilidad de llevar a cabo los actos de reparación de las víctimas, comenzaré definiendo el concepto de terrorismo, así como el de víctima de este tipo de delito. Una vez definidos estos aspectos, estudiaré el sistema legal de reparación de las víctimas del terrorismo establecido por la legislación española y lo

³ Pascual Rodríguez, E., (2013). Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y exmiembros de ETA. Capítulo 2: Encuentros restaurativos en victimización generada por delitos de terrorismo; Alberto José Olalde Altarejos (Pág. 33-85). Editorial Sal Terrae. ISBN: 9788429320855.

⁴ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Pág. 33-85.

⁵ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Páginas 33-85.

⁶ Son muchos autores los que han elaborado una definición para el término “victimización secundaria” y muchos han sido los resultados. Algunas de estas definiciones serían: (i) “a la mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez entra en contacto con el sistema de justicia” (Beristain, 2001) o (ii) “la reacción social negativa generada como consecuencia de la victimización primaria, donde la víctima reexperimenta una nueva violación a sus derechos legítimos, cuando la policía, las instituciones sociales y gubernamentales intervienen con el fin de reparar la situación de la víctima, a nivel económico, social, físico y psicológico” (Montada 1991; 1994) y Albarrán, 2003). (Gutierrez de Piñeres Botero, Carolina; Coronel, Elisa; Pérez, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. Liberabit (2009), ISSN 1729-4827, Vol. 15, N°. 1, 2009, págs. 49-58).

compararé con los sistemas de reparación a las víctimas en otros países, como Francia, Israel o EE.UU. Además, analizaré brevemente los encuentros restaurativos llevados a cabo en el centro penitenciario Nanclares de la Oca, en Vitoria, entre ex miembros de la banda terrorista ETA y víctimas del terrorismo en España, como ejemplo de proceso restaurativo llevado a cabo en nuestro país.

2. DEFINICIÓN DE TERRORISMO

En las últimas décadas el concepto de terrorismo ha sido utilizado desde muy diversos ámbitos –Derecho, Criminología, Ciencias Políticas o Sociología entre otros– para calificar todo tipo de situaciones violentas susceptibles de atemorizar a las personas⁷. Por ello y pese a la proliferación de su uso, como afirma Carmen Lamarca Pérez, “nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario⁸” (*Sobre el concepto de Terrorismo*, Carmen Lamarca Pérez). Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, los Estados democráticos deben determinar este término con claridad en sus ordenamientos jurídicos, para garantizar así la seguridad jurídica de sus sistemas y para no subsumir determinadas actuaciones en tipos delictivos a los que no pertenecen ni dentro de los cuales se incluyen⁹. Será el Derecho Penal de cada Estado el que recoja la definición de terrorismo, el tipo delictivo, sus agravantes y los elementos del mismo.

Dentro de la doctrina española existen diversas definiciones de terrorismo¹⁰. De esta forma, algunos autores simplemente tienen en cuenta el elemento “finalístico” o “teleológico” del terrorismo, como la que recoge Juan Carlos Campo Moreno al calificar el terrorismo como “violencia social o política dirigida a destruir el orden democrático constitucional”¹¹. Por otro lado, existen otros, como Carmen Lamarca Pérez, que junto con esta finalidad política añaden un elemento estructural u organizativo: “la noción de terrorismo que ofrece nuestra legislación vigente gira en torno a la existencia de dos elementos, uno estructural y otro teleológico, que son la organización armada y

⁷ Llobet Anglí, Mariona. *Derecho Penal del Terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático* (2010). Pág. 51-53. La Ley, Grupo Walters Kluwer. 1ª edición. ISBN: 9788481263671.

⁸ Lamarca Pérez, Carmen. “Sobre el concepto del terrorismo: a propósito del caso Amedo”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993. Pág. 535-560. Fuente: Dialnet. ISSN: 0210-3001.

⁹ Mariona Llobet Anglí. *Ob. cit.*

¹⁰ Capita Remezal, Mario. *Análisis de la Legislación Penal Antiterrorista* (2008). Editorial Constitución y Leyes. Pág. 21-27. ISBN: 9788483421178.

¹¹ Campo Moreno, Juan Carlos. *Represión Penal del Terrorismo*. Editorial General de Derecho. Página 25. ISBN: 848950010X.

el fin o resultado político”¹². Este resultado o fin político que tienen en común ambas definiciones sería el de alterar el orden constitucional y el de alterar la paz pública y social para, finalmente, obtener determinados objetivos.

En la misma línea se expresaba el Tribunal Supremo, en su sentencia del 14 de diciembre de 1993, al definir –al igual que la Profesora Lamarca– los dos elementos que deben de concurrir en un delito para considerarlo como de terrorismo: por un lado el estructural (agrupación para la acción armada, cierta organización con vínculos permanentes o estables, sujetos a una disciplina o jerarquía); y por otro, un elemento teleológico; que como ya he mencionado previamente, hace referencia a la medida en que las acciones tienen como finalidad provocar inseguridad y alarma en la sociedad.

En este momento es de gran importancia estudiar, además, el delito de terrorismo dentro del Código Penal español, que se sitúa dentro de los delitos contra el orden público¹³, situándolo junto “con todos aquellos delitos que atentan contra las bases mismas del Estado, como son la Comunidad Internacional, el orden público o la paz, entre otros”¹⁴.

En primer lugar, y antes de hablar del delito de terrorismo en sí mismo, nuestro Código Penal se centra en el elemento estructural del terrorismo, definiendo qué es una organización o grupo terrorista en su artículo 571. Así, el mismo artículo conduce al lector a los artículos 570.bis.1 y 570.ter.1, en los cuales el legislador define qué es una organización criminal –“a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”¹⁵– y qué es un grupo criminal –“se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”¹⁶. Finalmente, para identificar un grupo u organización criminal con un grupo u organización terrorista exige el artículo que los actos cometidos por el mismo lo hayan sido con los fines y objeto determinado en la sección siguiente. De estos fines –el elemento teleológico al que hacen referencia tanto muchos autores como el Tribunal Supremo– hablaré en los párrafos siguientes.

Una vez analizado el primer elemento, el Código Penal se centra en el segundo: el elemento teleológico. El artículo 573 define delito de terrorismo como “*toda comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad*

¹² Carmen Lamarca Pérez. Ob. cit.

¹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.Español, Título XXII, Delitos contra el orden público, CAPÍTULO VII, De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, Sección 2, de los Delitos de Terrorismo. Acceso por última vez 5 de junio de 2017.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. Sección Segunda: Delitos contra el Estado. Pág. 623. Tyrant Lo Blanch, Manuales de Derecho Penal, 2015. 20ª edición. ISBN: 13 9788491190592.

¹⁵ Artículo 570.bis.1 del Código Penal Español.

¹⁶ Artículo 570.ter.1 del Código Penal Español.

moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el Código Penal, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con alguna de las siguientes finalidades: la de subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; la de alterar gravemente la paz pública; la de desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o bien la de provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella"¹⁷.

De todo ello se puede concluir, por tanto, que nuestro Código Penal exclusivamente considera terrorismo aquellos actos que se llevan a cabo con una finalidad clara: la de alterar el orden constitucional establecido y desestabilizar las estructuras del Estado y políticas; para así destruir tanto el orden constitucional vigente como las más profundas bases del Estado.

Además, "*también se consideran delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades mencionadas anteriormente*"¹⁸.

3. VÍCTIMA DE TERRORISMO

De acuerdo con José Manuel Rodríguez Uribes en su obra "Las víctimas del terrorismo en España" este concepto puede definirse desde dos puntos de vista diferentes pero a la vez complementarios: desde el punto de vista político y desde el punto de vista jurídico.

El punto de vista político es aquel que se refiere a las víctimas del terrorismo en sentido amplio. Como explica el autor: "las víctimas, cuando el terrorismo es interno, y se dirige contra el Estado, solo pueden ser los ciudadanos"¹⁹. Siguiendo en esta línea, la acción de los terroristas no va exclusivamente encaminada a dañar a aquellas personas que la sufren en primera persona sino a destruir directamente las bases de nuestra sociedad y el orden constitucional. Así, "políticamente no es inadecuado hablar del conjunto de los ciudadanos de una democracia, o de una parte singular de ellos, o si el terrorismo es global, del conjunto de la humanidad como "víctimas del terrorismo", sin perjuicio de las víctimas directas y concretas que lo son *stricto sensu*. El terrorismo

¹⁷ Artículo 573.1 del Código Penal Español.

¹⁸ Artículo 573.2 del Código Penal Español.

¹⁹ Rodríguez Uribes, José Manuel. *Las víctimas del terrorismo en España*. Editorial DYKINSON. Pág. 97. 2013. ISBN: 978-84-9031-42-5.

despersonaliza especialmente a sus víctimas, las cosifica, porque como tales, no suelen, ser personalmente, enemigos íntimos o privados (...). Se les despoja de su individualidad. Las víctimas del terrorismo pueden ser identificadas con los ciudadanos de una democracia"²⁰(José Manuel Rodríguez Uribes, *Las víctimas del terrorismo en España*).

Por otro lado, se consideran víctimas del terrorismo desde el punto de vista legal las que hayan sido identificadas como tal por el Derecho, ya sea a través de leyes o judicialmente (mediante sentencias penales). Así, en nuestro país, la ley 29/2011 de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo considera a víctimas de terrorismo "a todo aquel que sufra la acción terrorista" (artículo 3), "las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista" (artículo 4.1), "las personas que sufran daños materiales" (artículo 4.3), "el cónyuge del fallecido o persona ligada con él por análoga relación de afectividad, los padres y los hijos, abuelos y hermanos" (artículo 4.4) y "los familiares de los fallecidos y de los heridos que hayan sufrido lesiones incapacitantes en sus distintos grados, hasta el segundo grado de consanguinidad", así como "las personas que, habiendo sido objeto de atentados terroristas, hayan resultado ilesas, a efectos honoríficos y de condecoraciones, sin derecho a compensación económica alguna". Asimismo, en su artículo 6, la ley establece que "se considerará víctimas de terrorismo a todas aquellas personas de nacionalidad española que sean víctimas en el extranjero de grupos que operen habitualmente en España o de acciones terroristas dirigidas a atentar contra el Estado español o los intereses españoles así como a los participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de España en el exterior y sean objeto de un atentado terrorista"²¹.

El autor resalta como el ordenamiento jurídico español ha ido poco a poco singularizando e identificando a las víctimas del terrorismo de las víctimas de otros delitos violentos o de violaciones de derechos humanos; estableciendo "compartimentos estancos". Esto ha ocurrido progresivamente, no solo por nuestra experiencia histórica con el terrorismo, sino y sobretodo, de nuevo, por el fin desestabilizador y de fractura que persigue el terrorismo y que no persigue ningún otro delito. Otra diferencia fundamental existente entre las víctimas del terrorismo y las de cualquier otro delito es que mientras los autores de estos otros se encuentran dentro de la "normalidad de una sociedad" (José Manuel Rodríguez Uribes, *Las víctimas del terrorismo en España*) siendo violentos delincuentes comunes, enfermos psiquiátricos, llevando a cabo venganzas privadas o luchando contra necesidades económicas; los autores de delitos de terrorismo actúan dentro del ámbito de la libertad, ya que deciden libremente formar parte de una banda terrorista en la persecución de un ideal atacando en su camino un símbolo concreto.

²⁰ Rodríguez Uribes, José Manuel. Ob. cit. Pág. 99-100.

²¹ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las víctimas del Terrorismo. Acceso por última vez el 5 de junio de 2017.

4. SISTEMA LEGAL ESPAÑOL DE REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

La estructura que existe en la actualidad en el ordenamiento jurídico español para la protección, el apoyo, reparación y el reconocimiento a las víctimas del terrorismo no ha sido algo que haya surgido de la noche a la mañana. Este sistema ha ido creciendo progresivamente desde la instauración de la democracia hasta llegar a la estructura que tenemos hoy en día, cuya máxima expresión es la ley 29/2011 de 22 de septiembre, mencionada más arriba.

Pero hasta llegar a este momento el Estado ha dado numerosos pasos que merece la pena mencionar en este análisis.

Desde el punto de vista estructural, España cuenta con la existencia de un Fiscal Especial para Víctimas del Terrorismo en la Audiencia Nacional y con una Oficina de información procesal y penal para las víctimas –desde 2005. Además de la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo, que depende del Ministerio de Interior. A ella le corresponden, entre otras, las funciones de relación, ayuda y orientación a las personas y familiares que sufran la acción del terrorismo, la colaboración con los órganos competentes de la Administración General del Estado en materia de asistencia y apoyo a las víctimas del terrorismo o la tramitación y gestión de resolución de los expedientes de ayudas y resarcimientos a los afectados por delitos de terrorismo²².

Desde el punto de vista legislativo, muchas leyes han sido promulgadas hasta llegar a la 29/2011. Del año 1987 al 1994 se aprobaron una serie de leyes y decretos-leyes destinados a la creación de pensiones extraordinarias por terrorismo (tanto para el régimen de clases pasivas como para el régimen de la seguridad social). Estas pensiones tienen carácter vitalicio, son compatibles con el trabajo, no tributan en Hacienda, aseguran unos mínimos –el triple del Salario Mínimo Interprofesional- y se actualizan progresivamente con el IPREM (Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples). Más tarde se promulgó la ley 12/1996 de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

Hasta el momento, las indemnizaciones establecidas como pena por las sentencias penales condenatorias hacia los terroristas, debido a la insolvencia de estos, quedaban en la mayor parte de los casos impagadas. Entonces, se aprobó la ley 32/1999 de Solidaridad con las víctimas del Terrorismo – a través de la cual el Estado asumía el pago de las indemnizaciones debidas a las víctimas de actos terroristas y se subrogaba en la posición de los obligados al mismo²³.

²² [www. http://www.interior.gob.es/el-ministerio/funciones-y-estructura/subsecretaria-del-interior/direccion-general-de-apoyo-a-victimas-del-terrorismo](http://www.interior.gob.es/el-ministerio/funciones-y-estructura/subsecretaria-del-interior/direccion-general-de-apoyo-a-victimas-del-terrorismo). Acceso por última vez 8 de enero de 2017.

²³ Català i Bas, Alexandre H. *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la Legislación y la Jurisprudencia*. Editorial Cátedra de Derecho Autonómico. Fundación Profesor Manuel Broseta- Universitat de Valencia. Página 124. ISBN: 978-84-931442-9-6.

Estas leyes fueron las que poco a poco configuraron nuestro sistema indemnizatorio hasta llegar al sistema vigente promulgado por medio de la ley de septiembre de 2011²⁴.

Todo este sistema, resumido brevemente en estas líneas, recoge el conjunto de medidas de estatales de reparación, reconocimiento y protección a las víctimas del terrorismo. Estas medidas, por su parte, se dividen en dos grandes grupos: medidas cualitativas y medidas cuantitativas; para así tratar de dar una reparación integral y lo más completa posible a las víctimas.

4.1. Régimen estatal: “Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las víctimas del Terrorismo”²⁵.

Aunque ya se ha mencionado brevemente en el presente análisis, la Ley 29/2011 se aprobó el 22 de septiembre del año 2011 con la intención de fijar un marco regulatorio para la compensación, asistencia y reconocimiento a las personas que integran el colectivo de las víctimas del terrorismo. Esta ley fue completada en el año 2015 por la publicación del Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprobaba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Estos textos legales culminan con el proceso de creación, a lo largo de los años por parte de la Administración, de un complejo y avanzado sistema de apoyo a las víctimas; a través del cual se busca la protección integral de las víctimas, la preservación de la memoria de los asesinados y la deslegitimación social del terrorismo.

Este sistema se apoya en tres grandes ejes: el normativo-legal, el administrativo asistencial e institucional y el representativo en la sociedad civil.

El último, el eje representativo en la sociedad civil, se basa en el apoyo constante a las víctimas del Terrorismo, llevado a cabo por instituciones y asociaciones, como son la Fundación Víctimas del Terrorismo, creada en el año 2000 o la Oficina de Víctimas del Terrorismo, creada en el País Vasco-entre otras. Cabe recordar en este punto, en palabras del autor Martin Wright, que un proceso será más restaurativo cuando apoye de una manera mayor a la víctima con sistemas de compensación, cuando permita participar en el mismo a la comunidad y cuando ayude también al victimario u ofensor a rehabilitarse²⁶.

A los dos anteriores –normativo-legal y administrativo asistencial e institucional– haré referencia a la hora de evaluar el contenido de la ley 29/2011.

²⁴ Rodríguez Uribes, José Manuel. Ob. cit.

²⁵ Rodríguez Uribes, José Manuel. Ob. cit. Pág. 191-218.

²⁶ Wright, Martin. "The Paradigm of Restorative Justice". *Research and Practice. Summer 2002*. <http://voma.org/docs/connect1insert.pdf>. Acceso por última vez el 13 de mayo de 2017.

En este punto, se debe recordar que la presente ley será aplicable, territorialmente, "a todas aquellas personas, independientemente de su nacionalidad, que sufran un atentado terrorista en el territorio español, a todos aquellos españoles que sufran un atentado terrorista fuera de nuestras fronteras y a los participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de España en el exterior y sean objeto de un atentado terrorista"²⁷.

El profesor Rodríguez Uribes, además, da una serie de notas que deben de tenerse en cuenta para comprender mejor la reparación a las víctimas llevada a cabo por esta ley²⁸:

En primer lugar, se debe afirmar que la presente ley es una ley integral. Y lo es por dos motivos: por un lado, por medio de la disposición derogatoria única "quedan derogadas todas aquellas normas con rango de ley o inferior que se opongan a lo establecido en la ley"; por otro lado, no solo unifica todos los derechos y contenidos que existían para las víctimas del terrorismo derivados de legislación anterior, sino que establece y reconoce nuevos derechos y prestaciones para garantizar a las víctimas, como afirma en su artículo 2: "*Esta Ley se fundamenta en los valores de memoria, dignidad, justicia y verdad (...). Para el cumplimiento de estos valores la Ley articula un conjunto integral de medidas que corresponde impulsar e implantar a la Administración General del Estado y a las Administraciones Públicas competentes (...)*".

Asimismo, es una ley retroactiva. Su artículo 7 afirma que la misma será de aplicación a todos aquellos hechos que hayan tenido lugar desde el 1 de enero de 1960. De esta manera, la presente ley podrá aplicarse en los supuestos en los cuales las anteriores – del 1996 y 1999 – no recogían, como eran los de las víctimas de terrorismo españolas que sufrieran atentados en el extranjero (ahora reconocidas en los artículos 6 y 22) o el de las personas amenazadas por bandas terroristas; que ahora sí están reconocidas y tienen sus derechos contemplados en artículo 5. Además también reconoce en su disposición adicional primera a "*quienes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley hubieran percibido como resultado total del importe de las ayudas y del pago, en su caso, de las cuantías por responsabilidad civil fijada en sentencia firme, una cuantía inferior a la señalada en el anexo I de esta Ley podrán solicitar el abono de las diferencias que pudieran corresponderles*".

Avanzando con el análisis jurídico, la ley, dentro del sistema integral de reconocimiento, defensa, apoyo y protección a las víctimas del terrorismo, reconoce a lo largo de todo su texto tanto medidas cualitativas como cuantitativas de reparación para las víctimas del terrorismo. Todas ellas, a nivel presupuestario, se encuentran recogidas en los Presupuestos Generales del Estado y son entregadas por el Gobierno Central, más concretamente, el Ministerio del Interior. Un análisis y resumen de las ayudas y cantidades destinadas por los Presupuestos Generales del Estado se encuentra recogido en el apartado "Situación actual".

²⁷ Artículo 6 de la Ley 29/2011.

²⁸ Rodríguez Uribes, José Manuel. Ob. cit. Pág. 191-218.

a) Medidas cuantitativas: la compensación económica

Dentro de las medidas cuantitativas se incluyen todas aquellas medidas de carácter económico y material que la ley establece como forma de apoyo y reparación. Para la creación de las mismas el texto legal se apoya en los principios de Solidaridad e Igualdad²⁹.

En cuanto al principio de Solidaridad, el Estado es solidario en la medida en que sustituye al victimario cuando este es insolvente –principio que, como ya se ha afirmado aquí, rige desde la ley 32/1999- y en la medida en que reconocerá todos los derechos y prestaciones reconocidos en la ley para todos aquellos casos en los cuales no se ha dado una sentencia penal condenatoria.

En cuanto al principio de Igualdad, la ley garantiza un mínimo y un máximo indemnizatorio común respecto a lo abonado por el Estado en sustitución del condenado por terrorismo (artículo 20). Si la indemnización en concepto de responsabilidad civil establecida por el órgano judicial fuera más alta que la abonada por el Estado (superara los máximos) los destinatarios de la misma conservarán la acción civil para reclamar la diferencia a los responsables de la acción delictiva causante de los daños (artículo 21.2).

Todas estas medidas están recogidas en el Título Tercero de la Ley (“de los derechos y prestaciones derivados de los actos de Terrorismo”). En él, se establece quiénes pueden recibir las ayudas (todas aquellas personas que la propia ley define como víctimas del terrorismo) y, además, la compatibilidad de estas con las pensiones, ayudas y compensaciones y con la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración³⁰; así como la exención en relación con impuestos como el IRPF³¹.

Posteriormente, se establece, en el Capítulo Segundo del presente título cómo y en qué circunstancias se llevará a cabo el abono de los daños. Además, esto se ve reforzado y explicado con más detalle por el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprobaba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Daños personales

- Por un lado, los artículos 17 y 18 recogen que el Estado llevará a cabo el resarcimiento por los daños personales sufridos por las víctimas.

En el caso de fallecimiento, los titulares de este derecho serán, por orden de prefe-

²⁹ Rodríguez Uribes, José Manuel. Ob. cit. Pág. 191-218.

³⁰ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las víctimas del Terrorismo. Artículo 15.

³¹ Ídem. Artículo 16.

rencia: "el cónyuge (o persona en análoga situación, que hubiera vivido con el fallecido al menos los dos años anteriores); los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos y los hijos de la persona convivente y los menores en acogimiento familiar. En caso de concurrencia entre varios la ayuda se repartirá por mitades".

En caso de daños personales que causen incapacidad, lesiones no invalidantes o secuestros, tendrán derecho a resarcimiento los sujetos que las han sufrido.

Los Anexos I, II y III de la ley recogen las cantidades de resarcimiento que el Estado abonará a aquellas personas que hayan sufrido daños personales³².

Anexo I: indemnizaciones por fallecimiento e incapacidades permanentes.

Indemnizaciones por fallecimiento e incapacidades permanentes	
Fallecimiento	250.000 euros
Gran invalidez	500.000 euros
Incapacidad permanente absoluta	180.000 euros
Incapacidad permanente total	100.000 euros
Incapacidad permanente parcial	75.000 euros

Anexo II: indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes.

Las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes se deben establecer conforme al baremo resultante de la aplicación de la legislación de seguridad social sobre cuantías de las indemnizaciones de las lesiones, mutilaciones y deformaciones definitivas y no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional; dispuesto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. El importe de las indemnizaciones en ningún caso podrá superar la cantidad establecida como incapacidad permanente parcial de 75.000 euros.

Anexo III: indemnizaciones por secuestro e incapacidad temporal.

Indemnizaciones por secuestro e incapacidad temporal		
Incapacidad temporal	IPREM/ día*2	LÍMITE 18 mensualidades
Secuestro	IPREM/ día*3 + 12.000 euros	LÍMITE 75.000 euros

³² Ídem. Anexos I, II y III.

Además, recoge el artículo 20 que el Estado "asumirá las indemnizaciones correspondientes establecidas en sentencia en concepto de responsabilidad civil, abonándoselas a los sujetos determinados en los artículos 17 y 18. El Estado se subrogará en la titularidad del derecho de crédito nacido de la sentencia que declare la citada responsabilidad civil"³³.

Estas cantidades, que serán abonadas en concepto exclusivamente de daños físicos y psíquicos, tendrán como límite la siguiente cuantía:

Fallecimiento	500.000 euros
Gran invalidez	750.000 euros
Incapacidad permanente absoluta	300.000 euros
Incapacidad permanente total	200.000 euros
Incapacidad permanente parcial	125.000 euros
Incapacidad temporal	100.000 euros
Secuestro	125.000 euros

Como ya se ha afirmado antes, si la cuantía de la indemnización fijada en sentencia firme superara estos límites, las personas que ostentan el derecho de crédito siguen teniendo en su poder las acciones legales correspondientes para demandar la diferencia, en pro del principio de igualdad.

Daños materiales³⁴

Serán indemnizados por la Administración General del Estado todos aquellos daños materiales que sean causa o consecuencia de los delitos de terrorismo a quienes no fueren responsables de los mismos. La indemnización comprenderá: "los daños causados en la vivienda de las personas físicas, en establecimientos mercantiles, industriales o elementos productivos de las empresas, en las sedes de partidos políticos, sindicatos u organizaciones sociales y los producidos en vehículos".

Cuando los daños se produzcan en la vivienda habitual, podrán ser indemnizados por todos los daños sufridos en la estructura, instalaciones y mobiliario que se necesiten para conseguir la total habitabilidad de la vivienda de nuevo. Además, la Administración General del Estado podrá contribuir a abonar los gastos que origine el alojamiento provisional de aquellas personas que lo necesitaran, como por ejemplo, la estancia en un hotel.

³³ Ídem. Artículo 21.

³⁴ Ídem. Título II, Capítulo II.

En el caso de viviendas no habituales, se abonará solamente el 50% de los gastos.

Cuando los daños se produzcan en establecimientos mercantiles o industriales; así como en sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales, serán sufragados por el Estado las reparaciones necesarias para poner nuevamente en funcionamiento dichos establecimientos, incluyendo el mobiliario y equipo siniestrado, con un límite de indemnización de 113.380 euros³⁵.

Los daños que se produzcan sobre vehículos serán indemnizados de acuerdo con la póliza vigente del seguro obligatorio del vehículo. Esta indemnización incluirá todos los gastos necesarios para la reparación del mismo. En caso de que el vehículo hubiera quedado por completo destruido se sufragará en concepto de indemnización el importe equivalente al precio de adquisición en el mercado de un vehículo de características similares.

Ayudas excepcionales³⁶

Los españoles que no sean miembros de ninguna misión militar en el exterior y sean víctimas de atentados terroristas en el extranjero llevados a cabo por grupos que no operen habitualmente en España y que no estén dirigidos contra el Estado español ni contra intereses españoles, tendrán derecho a recibir las ayudas excepcionales recogidas en los artículos 42 y 43 del Reglamento de la ley 29/2011.

Si el español tuviera su residencia habitual en el país en que se produce el atentado, podrá llegar a recibir hasta el 50 % de las cantidades fijadas para los supuestos de fallecimiento, daños personales y secuestro. Si su residencia habitual no se encontrara en ese país y se estuviera allí por cualquier otro motivo (vacaciones, trabajo, visita, etc.) la ayuda será del 40%.

Además, estas ayudas son definidas por el Reglamento como subsidiarias respecto de las que pudieran serles reconocidas a las víctimas por el Estado en el que se produce el atentado.

Concesión de indemnizaciones

Para la petición de estas indemnizaciones -por daños personales o materiales- que concede el Ministerio de Interior; las víctimas tienen el plazo de un año desde que ocurre el acto que ocasionó los daños. Si se trata de daños psicológicos, el plazo empieza a contar desde el momento en que se tiene un diagnóstico de este daño.

³⁵ Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Artículo 26. Acceso por última vez 4 de junio de 2017.

³⁶ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las víctimas del Terrorismo. Título I. Capítulo I.

b) Medidas cualitativas o asistenciales

La presente ley, como ya se ha afirmado numerosas veces, aporta un apoyo y ayuda integral a las víctimas. Así, a lo largo de todo el articulado de la misma se van presentando diferentes medidas de protección a las víctimas, para acompañarlas en todo momento: desde que se produce el atentado, hasta los momentos posteriores.

- **Actuaciones inmediatas tras un atentado terrorista para la protección de las víctimas** (artículos 8-13). La Administración General del Estado proveerá, de manera gratuita, de asistencia psicológica e inmediata a las víctimas en el momento de un atentado terrorista; también de asistencia sanitaria de urgencia, se hará cargo de los gastos de sepelio e inhumación y dará información necesaria sobre todas las ayudas, indemnizaciones y diferentes prestaciones existentes a disposición de las víctimas.
- **Ayudas sanitarias** (artículos 31 y 32). En todo momento, habrá profesionales de la medicina disponibles para las víctimas de manera gratuita; tendrán a su alcance tratamiento psíquico, psicosomático y psicopedagógico; así como ayudas específicas destinadas a la financiación de tratamientos médicos (prótesis, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, etc.) siempre que la necesidad de los mismos tuviera relación con el suceso.
- **Ayudas laborales y de Seguridad Social** (artículos 33-35). Las víctimas del terrorismo tendrán derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reordenación de su tiempo de trabajo y a la movilidad geográfica. Además, se podrán beneficiar de las medidas de bonificación a la contratación y de medidas activas de empleo.
- **Ayudas de vivienda y educativas** (artículos 37-40). Las víctimas de terrorismo tienen preferencia en la adjudicación de viviendas de protección oficial. Asimismo, a los estudiantes víctimas de terrorismo se les dará la posibilidad de optar a las diferentes ayudas al estudio y estarán exentos de cualquier tipo de tasa.
- **Concesión de la nacionalidad española** (artículo 41). Para aquellos extranjeros que sean víctimas de un acto terrorista en España, este hecho será considerado como circunstancia excepcional a efectos de obtener la nacionalidad española por carta de naturaleza³⁷.
- **Protección de las víctimas en procesos judiciales** (artículo 48-51). Las víctimas de terrorismo tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita; rigiendo el principio

³⁷ "La nacionalidad por carta de naturaleza es otorgada o no discrecionalmente por el Gobierno mediante Real Decreto, tras valorar la concurrencia de una serie de circunstancias excepcionales". Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/nacionalidad/nacionalidad/comoadquiere-nacionalidad/carta-naturaleza>. Acceso por última vez 4 de junio de 2017.

de mínima lesividad a lo largo de todo el proceso (es decir, buscando el mínimo daño y la mínima exposición de la víctima a lo largo de todo el proceso) así como aumentando sus derechos de información a través de la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional.

- **Condecoraciones**_(artículo 52-54). Otorga el Grado de Gran Cruz, a título póstumo, a los fallecidos en actos terroristas; el Grado de Encomienda, a los secuestrados y heridos y con el Grado de Insignia a los que tengan la condición de amenazados, a los ilesos en atentado terrorista, así como al cónyuge del fallecido, los padres y los hijos, los abuelos, los hermanos y los nietos de los fallecidos, así como a los familiares de los heridos que hayan sufrido lesiones incapacitantes en sus distintos grados hasta el segundo grado de consanguinidad.
- **Creación de un Centro Nacional para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo** (artículo 57).

c) Situación actual

Tras describir de manera tan exhaustiva las medidas fijadas por la ley, tanto asistenciales como cuantitativas, destinadas a la reparación y protección de las víctimas del terrorismo he considerado de vital importancia dar una idea aproximada en este trabajo de las cantidades globales otorgadas en este concepto por el Estado.

De acuerdo con los Presupuestos Generales del Estado (a partir de ahora PGE) aprobados para el año 2016³⁸, se destinaron un total de 335.000€ a la Fundación Víctimas del Terrorismo para el desarrollo de sus actividades, y 1.700.000€ a la Fundación Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo; haciendo un total ambas cantidades de 2.035.000€. Además, en aplicación del artículo 65³⁹ de la Ley 29/2011 se destinaron 880.000€ en subvenciones a asociaciones, fundaciones y entidades sin ánimo de lucro cuyo objetivo es la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo. Asimismo, se destinaron un total de 18.592.700 en el resto de ayudas, indemnizaciones y subvenciones (explicadas previamente a lo largo de este trabajo) destinadas a víctimas y familiares de las víctimas en cumplimiento de la misma ley. Todas

³⁸ Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Sección 16: Ministerio del Interior. Programa 131M: Dirección y Servicios Generales de Seguridad y Protección Civil. Disponible en: http://www.sepg.pap.minhfp.gob.es/Presup/PGE2016Proyecto/MaestroTomos/PGEROM/doc/L_16_A_G6.PDF. Acceso última vez 16 de mayo 2017.

³⁹ Artículo 65, ley 29/2011: “La Administración General del Estado deberá, en los términos y condiciones que se determinen en las normas de desarrollo, conceder subvenciones a las asociaciones, fundaciones y entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo. En el establecimiento de este régimen subvencional se priorizará a aquellas entidades que cuenten con mayor número de víctimas a cuyo fin se establecerá un procedimiento para que, con el consentimiento de los interesados, esta condición pueda hacerse pública al órgano competente para conceder las subvenciones, así como la labor asistencial a favor de las víctimas del terrorismo que se realice por parte de las organizaciones.”

estas cantidades son las mismas contenidas en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017⁴⁰.

En relación a los PGE aprobados para el año 2015⁴², se destinaron un total de 335.000€ a la Fundación Víctimas del Terrorismo para el desarrollo de sus actividades, y 1.153.000€ a la creación y funcionamiento para la Fundación Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo en aplicación del artículo 57⁴³ de la ley 29/2011; haciendo un total ambas cantidades de

1.488.000€. Además, al igual que en el año 2016, en aplicación del artículo 65 de la Ley 29/2011 se destinaron 880.000€ en subvenciones a asociaciones, fundaciones y entidades sin ánimo de lucro cuyo objetivo es la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo y un total de 18.592.700 en el resto de ayudas, indemnizaciones y subvenciones en cumplimiento de la misma ley.

En relación a los PGE de 2014⁴⁴, se destinaron un total de 80.000€ en forma de subvención a la A la Comunidad Foral de Navarra para cofinanciar con el Ministerio del Interior el proyecto "Navarra a sus víctimas. Camino de Libertad", un archivo documental recopilatorio y divulgativo de la memoria de los atentados terroristas de ETA en dicha Comunidad. Además, en aplicación del artículo 65 de la Ley 29/2011 se destinaron 880.000€ en subvenciones a asociaciones, fundaciones y entidades sin ánimo de lucro cuyo objetivo es la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo. Asimismo, se destinaron un total de 18.592.700 en el resto de ayudas, indemnizaciones y subvenciones en cumplimiento de la misma ley.

En línea con los párrafos anteriores, he realizado una tabla⁴⁵ con las partidas de presupuesto destinadas a la aplicación del artículo 65 de la Ley 29/2011 y al resto de

⁴⁰ Disponibles en: http://www.sepg.pap.minhfp.gob.es/Presup/PGE2017Proyecto/MaestroDocumentos/PGEROM/doc/1/3/13/2/1/N_17_A_R_31_116_1_1_1_1131M_2.PDF. Acceso por última vez 4 de junio de 2017.

⁴¹ A día 4 de junio de 2017 todavía no he tenido acceso a los PGE firmados y establecidos para el próximo año.

⁴² Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. Sección 16: Ministerio del Interior. Programa 131M: Dirección y Servicios Generales de Seguridad y Protección Civil. Disponible en: http://www.sepg.pap.minhfp.gob.es/Presup/PGE2015Proyecto/MaestroTomos/PGEROM/doc/L_15_A_V1.PDF. Acceso por última vez 16 de mayo de 2017.

⁴³ Artículo 57, ley 29/2011: *"El Gobierno constituirá un Centro Nacional para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo, que tendrá como objetivo preservar y difundir los valores democráticos y éticos que encarnan las víctimas del terrorismo, construir la memoria colectiva de las víctimas y concienciar al conjunto de la población para la defensa de la libertad y de los derechos humanos y contra el terrorismo. El Centro Nacional para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo tendrá su sede en la Comunidad Autónoma del País Vasco"*.

⁴⁴ Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Sección 16: Ministerio del Interior. Programa 131M: Dirección y Servicios Generales de Seguridad y Protección Civil. Disponible en: http://www.sepg.pap.minhfp.gob.es/Presup/PGE2014Ley/MaestroDocumentos/PGEROM/doc/1/3/13/2/1/N_14_E_R_31_116_1_1_1_1131M_2.PDF. Acceso por última vez 16 de mayo de 2017.

⁴⁵ Todos estos datos están disponibles en: <http://www.sepg.pap.minhfp.gob.es/sitios/sepg/esES/Presupuestos/PresupuestosEjerciciosAnteriores/Paginas/PresupuestosEjerciciosAnteriores.aspx>. Acceso por última vez 16 de mayo de 2017.

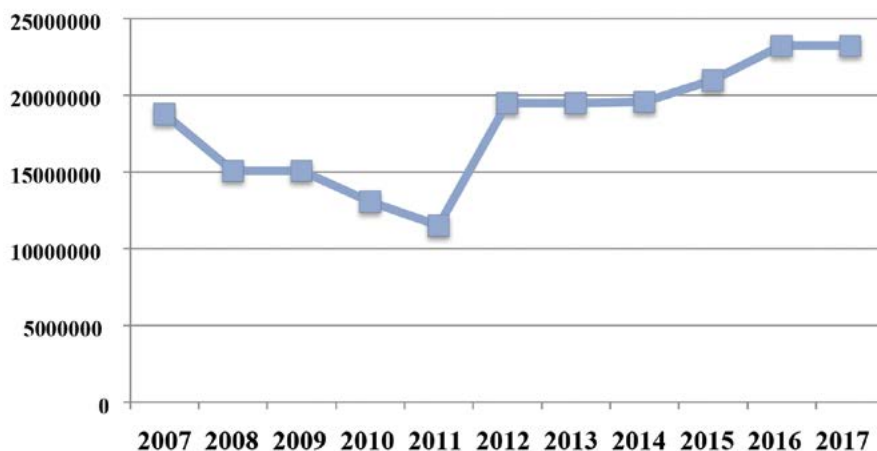
subvenciones e indemnizaciones establecidas en la misma. Se debe tener en cuenta que antes del año 2011 y durante el mismo, no estaba en vigor la ley 29/2011, por lo que los PGE recogen por un lado, las subvenciones según el artículo 95⁴⁶ de la "Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, a asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones sin ánimo de lucro cuyo objetivo sea la atención a las víctimas del terrorismo" y por otro, las indemnizaciones y compensaciones derivadas de la "Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo".

Año	Subvenciones en cumplimiento del Art. 65 de la ley 29/2011	Resto de ayudas, indemnizaciones y subvenciones de la Ley 29/2011	Total
2017	880.000	18.592.700	23.207.700
2016	880.000	18.592.700	23.207.700 ¹
2015	880.000	18.592.700	20.960.700 ²
2014	880.000	18.592.700	19.552.700 ³
2013	880.000	18.592.700	19.472.700
2012	880.000	18.592.700	19.472.700

Año	Artículo 95 de la Ley 13/1996	Resto de ayudas, indemnizaciones y subvenciones de la Ley 32/1999	Total
2011	880.000	10.607.290	11.487.290
2010	1.000.000	12.053.740	13.053.740
2009	1.000.000	14.053.740	15.053.740
2008	1.000.000	14.053.740	15.053.740
2007	1.000.000	17.764.650	18.764.650

La gráfica siguiente representa las cantidades descritas en la tabla anterior. Estas ayudas desde el año 2001 hasta el año 2011 fueron disminuyendo paulatinamente, probablemente a causa de la crisis; y a partir del año 2011, en que alcanzaron su punto más bajo, comenzaron a subir, hasta llegar en 2017 a la cantidad de 23.207.700€.

⁴⁶ Artículo 95, ley 13/1996: *La Administración General del Estado podrá, en los términos y condiciones que se determinen en las normas de desarrollo, conceder subvenciones a las asociaciones cuyo objeto sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo.*



4.2 Régimen autonómico

Paralelamente al sistema de reparación integral existente a nivel estatal, en algunos de los regímenes autonómicos también existen ayudas destinadas a la reparación, apoyo y protección de las víctimas del terrorismo. Así sucede, entre otras, con:

- La "Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad de Madrid".
- La "Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco".
- La "Ley 9/2010, de 28 de abril, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo, de la Comunidad Foral de Navarra".
- La "Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia".
- La "Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Valenciana".
- "Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía".
- "Anteproyecto de Ley de reconocimiento y atención a las víctimas del terrorismo en Castilla y León", durante el año 2016/2017.
- "Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de Medidas para la Asistencia y Atención a las Víctimas del Terrorismo y de Creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz, de la Comunidad Autónoma de Extremadura".

Todas estas normas establecen un régimen de ayudas subsidiario y complementario al estatal para las víctimas del terrorismo cuya residencia habitual se encuentre en

las citadas comunidades autónomas; o cuando el atentado terrorista se produzca en las mismas. Este sistema se aplica de la siguiente manera: las víctimas solo recibirán la ayuda procedente del gobierno de la Comunidad Autónoma si las ayudas procedentes de otros organismos (véase las ayudas del Estado) son inferiores a las estipuladas por la ley. Y en caso de recibirlas, estas constituirán la diferencia entre las estipuladas y las recibidas desde otros organismos.

Los gobiernos autonómicos ofrecen junto con las ayudas económicas determinadas en las leyes correspondientes, otro tipo de ayudas como son las ayudas sanitarias y psicopedagógicas, las ayudas al estudio y al transporte, ayudas por daños materiales, ayudas al comedor y a la residencia, las ayudas laborales o las exenciones en el pago de tasas académicas.

5. JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS DELITOS DE TERRORISMO

En este punto analizaré detenidamente los encuentros restaurativos llevados a cabo en el centro penitenciario Nanclares de la Oca, en Vitoria, durante los años 2011 y 2012, como ejemplo de justicia restaurativa aplicada a los delitos de terrorismo. Este programa carecía de antecedentes en España y tampoco contaba con un referente contrastado en el ámbito europeo.

Los encuentros restaurativos se iniciaron a principios del año 2011, bajo el amparo institucional del Ministerio de Interior del Gobierno de España y de la Dirección de la Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco; por lo que, un rasgo fundamental de estos procesos son su carácter público. Su objetivo era claro: facilitar desde los poderes públicos un espacio personal donde víctima y victimario, pudieran contribuir positivamente a la superación del trauma derivado del atentado terrorista⁴⁷.

Como definición, se podría decir que estos constituyeron un proceso de comunicación entre las personas vinculadas por la actividad de la banda terrorista ETA: quién cometió los delitos y quien los sufrió⁴⁸. Concretamente, entendemos "encuentro restaurativo" como la dinámica de comunicación interpersonal cara a cara entre el ex miembro de ETA y la víctima directa o indirecta, en un espacio de seguridad física y emocional, facilitado por un profesional de la justicia restaurativa⁴⁹. En este punto, se debe de señalar, que aunque finalmente algunos de los encuentros restaurativos celebrados sí terminaron uniendo al autor del atentado con el familiar o superviviente del mismo, en la mayoría de los encuentros la víctima no tuvo enfrente a su victimario

⁴⁷ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Pág. 259-280.

⁴⁸ Pascual Rodríguez, E., & Ríos Martín, J. C. (2014). "Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo (Reflections on Restorative Encounters between Victims and Convicted Persons in Terrorism Crimes)". *Oñati Socio-Legal Series*, 4(3).

⁴⁹ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Pág. 33-85.

directo. Ahora bien, muchos de los presos que participaron en el proceso asumieron como suyas todas las muertes de ETA, considerándose moralmente responsables de las 850 muertes causadas por la organización a lo largo de su historia⁵⁰.

Es importante tener en cuenta que en casos como el que nos ocupa las víctimas lo suelen ser de delitos tales como secuestros y asesinatos llevados a cabo por terroristas; lo que hace este tipo de procesos especialmente complicados y duros para tanto para víctima como para victimario. Los encuentros restaurativos deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional (como puede ser la victimización secundaria). Además, se van a tener en cuenta factores como la protección de la integridad física o psicológica de una víctima y su edad, madurez o capacidad intelectual, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio.

Para que en los delitos de terrorismo pueda iniciarse algún proceso de justicia restaurativa, según E. Pascual y J.C Ríos en su artículo "Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo": "se requiere el cese definitivo e incondicional de la violencia interpersonal ejercida. También la garantía prestada a la víctima de que no se volverá a repetir, que la Administración de Justicia continuará haciendo su trabajo, que se buscará la verdad respecto de la violencia sufrida y que, en todo caso, además de ser un itinerario restaurativo individualizado y personalizado, habrá de ser un proceso sincero y absolutamente honesto, sin finalidades latentes diferentes"⁵¹. Es decir, la celebración de este tipo de encuentros "no significa en ningún caso el cese de actividad de la justicia penal formal: los delitos deben de ser investigados, sus autores deben de ser juzgados y las penas impuestas deben de ser ejecutadas. En estos encuentros no se busca ni lograr la reparación material de la víctima ni mitigar o disminuir la responsabilidad penal del victimario (y consecuentemente, la reducción de la pena). Son encuentros en que el proceso penal queda al margen, extrajudiciales, en los que no se busca ningún acuerdo entre las partes"⁵². Así, lo que se defiende es que, en muchos casos, la justicia penal no es suficiente.

En palabras de los mismos autores: "la justicia punitiva, necesaria a todas luces, no puede ofrecer lo que proporciona la justicia restaurativa: la satisfacción de las necesidades de las víctimas y la recuperación/responsabilización del infractor"⁵³. Como afirma Alberto José Olalde, "las víctimas necesitan respuestas concretas a sus preguntas personales; y muchas veces la obtención de las mismas puede hacer que cierren una determinada etapa y puedan continuar —o traten de continuar— con sus vidas"⁵⁴(Olalde,

⁵⁰ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Pág. 121-153.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Olalde, Alberto José (2014). "Restorative encounters in terrorist victimization in Spain:

Alberto José (2014). *Restorative encounters in terrorist victimization in Spain: Theoretical reflections and practical insights from social work*. *Oñati Socio-Legal Series*, 4(3).). A través de estos encuentros se le brinda a la víctima la oportunidad de conocer detalles concretos de la acción terrorista, expresar el dolor y el sufrimiento vividos en el nivel personal y familiar, y de garantizarse la veracidad del arrepentimiento y el rechazo a la violencia⁵⁵. Por otro lado, los infractores tienen “la necesidad de iniciar un viaje interior hacia la pacificación. Ello exige asumir el riesgo de enfrentarse a la inquietante pregunta de los porqués, escuchar las consecuencias de su crimen en la viva voz de su víctima, contar toda la verdad que requiera y, sobre todo, abrirse al cambio que supone reinterpretar la realidad desde una clave pre- política, lisa y llanamente humana y moral”⁵⁶ (Pascual Rodríguez, E., & Ríos Martín, J. C. (2014). *Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo*).

Pero para que estos encuentros restaurativos puedan ser beneficiosos debe haber pasado una cantidad suficiente de tiempo: tiempo, por un lado, para que la víctima esté preparada para expresar lo que el delito ha supuesto para ella y su entorno, para haber asumido lo sucedido y para haberlo entendido; y por otro lado, tiempo también para el autor del delito, no necesariamente para que se haya producido un cambio en sus ideas políticas, pero sí para reubicarlas en un marco más amplio en el que se cuestionen los métodos utilizados en el pasado. “En este punto vital (del encarcelado), marcado por una visión más amplia y menos sectaria, más humana y menos dogmática (...) se abre paso la necesidad de la verdad, siempre mucho más personal y radical que la que aportan los juicios penales. Justo la verdad, que permite la devolución a la víctima o sus familiares de la parte del reconocimiento que les faltaba: la que solo puede aportar quien con su acción arrancó una vida o la dejó maltrecha”, afirman en su artículo E. Pascual Rodríguez y J.C Ríos Martín.⁵⁷

Aparte de todo esto, la celebración de estos encuentros supone una serie de riesgos muy importantes; que pueden poner en peligro el éxito de los mismos. Esther Pascual y J.C. Ríos recogen estos en su artículo y las posibles formas de mitigarlos.

Por un lado, está el riesgo de un posible descontrol emocional. Para reducirlo están destinadas las fases iniciales del proceso. A lo largo de las mismas, se realizan una serie de entrevistas a la víctima que quiere participar en el proceso restaurativo para así determinar su “itinerario restaurativo”, comprobando sus intereses y averiguando sus miedos y razones. Así, el mediador podrá conocer si verdaderamente una víctima está preparada para participar en este tipo de encuentro, teniendo este en sus manos la deci-

Theoretical reflections and practical insights from social work”. *Oñati Socio-Legal Series*, 4(3).

⁵⁵ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Pág. 33-85.

⁵⁶ Pascual Rodríguez, E., & Ríos Martín, J. C. (2014). “Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo (Reflections on Restorative Encounters between Victims and Convicted Persons in Terrorism Crimes)”. *Oñati Socio-Legal Series*, 4(3).

⁵⁷ Pascual Rodríguez, E., & Ríos Martín, J. C.. Ob. cit.

sión final sobre si el encuentro verdaderamente se puede llevar a cabo, y si la respuesta es sí, sobre el momento en que este sucederá.

Por otro lado, el riesgo de la disolución de la identidad personal en el colectivo con el que se han identificado. Así, quienes fueron parte de una banda terrorista (en el caso de estos encuentros concretamente, el grupo terrorista ETA) pueden llegar a pensar que sólo pueden actuar desde la colectividad de la banda, no pudiendo afrontar un proceso restaurativo solos. Además, puede ser que esta dependencia emocional también se dé desde el punto de vista de las víctimas. Después de encontrarse dentro de un colectivo, muchas de ellas experimentan miedo hacia la incompreensión de sus allegados y a las críticas que puedan recibir por querer participar en este tipo de procesos.

Por último, otro obstáculo que se puede encontrar es el de que los procesos restaurativos no respondan al momento o las necesidades reales de víctimas y ofensores. El proceso emocional para cada persona es distinto y por ello la preparación y las entrevistas preliminares son de tanta importancia. Por ejemplo, en el programa no fueron aceptados todos aquellos condenados que quisieran participar en el mismo por motivos relacionados con la obtención de beneficios en la ejecución de las penas.

A lo largo de la celebración de estos encuentros se van sucediendo situaciones diferentes. En un primer momento impera el silencio entre víctima y victimario; este da paso a la intervención del preso, quien descriptivamente, narra ante la víctima cómo el paso del tiempo le ha llevado a abandonar la organización (lo que en gran cantidad de ocasiones es complicado) o cómo el entrar en la cárcel supuso para él una liberación, o los motivos para la entrada en la organización en un primer momento. Tras estos momentos, es la víctima la que toma la palabra. Esta explica el horror y dolor sufridos, sus propias experiencias, aparece su necesidad de saber el "porqué" y "para qué", conocer detalles sobre el crimen (aquellos que las sentencias a veces no pueden recoger, como detalles sobre los sentimientos del victimario o aquellos detalles que les ayudarían a eliminar la culpa que pueden sentir), la condena del preso, etc. Se relatan sus historias familiares, la entrada en la cárcel, su situación personal actual e incluso el proceso de salida de la organización terrorista⁵⁸.

La duración de estos encuentros es indeterminada, cada uno tuvo duraciones diferentes, pero afirma Julián Carlos Ríos Martín en "Los Ojos del Otro", en relación a la terminación de estos encuentros: "el final nos dice que el perdón, incluso sin hablar explícitamente de él, ha aparecido; ambas partes se reconocen como seres humanos y como ciudadanos que avanzan hacia un futuro común"⁵⁹.

⁵⁸ Pascual Rodríguez, E.. Ob. cit. Pág. 185-235.

⁵⁹ Pascual Rodríguez, E., Ob. cit. Pág. 222.

6. SISTEMAS COMPARADOS DE REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TERRORISMO

Tras llevar a cabo durante las páginas anteriores un análisis exhaustivo del sistema de apoyo, reparación y protección a las víctimas del terrorismo en España, tanto desde el punto de vista legal (analizando el Código Penal y la ley 29/2011, así como los Presupuestos Generales del Estado de los últimos años) como desde el punto de vista de la justicia restaurativa; me dispongo en este momento a realizar un estudio comparativo sobre los diferentes sistemas de reparación a las víctimas del terrorismo de diferentes países.

Dentro de la Unión Europea, al contrario de lo que uno puede creer, muchos de los Estados Miembros no han desarrollado aún un sistema de compensación destinado exclusivamente a las víctimas del terrorismo. Esto puede deberse a dos causas completamente diferentes entre sí: por un lado, puede deberse a que la Administración del Estado en cuestión considere que su sistema de reparación a las víctimas de delitos penales es suficiente y puede hacer frente a este tipo de situaciones; o por otro, puede deberse a la negación por parte del propio Estado de crear un régimen especial para este tipo de víctimas al no haber estado expuesto a este fenómeno en el pasado; o no considerarlo un riesgo en el futuro⁶⁰. Aun así, dentro de la Unión Europea, junto con España, sí existen algunos estados que han creado sus propios sistemas de reparación y apoyo a las víctimas del Terrorismo, como son Francia o Italia (entre otros). Además, estudiaré aquí los sistemas de reparación a las víctimas del terrorismo de otros estados, como de los Estados Unidos de América o de Israel.

En cualquier caso, dados los recientes acontecimientos, el tema de la reparación a las víctimas del terrorismo es un tema de gran interés para todos los Estados y que desgraciada e inevitablemente, evolucionará en gran medida en los próximos años, tanto en el interior de los Estados como en la Comunidad Internacional.

6.1. Francia

Francia es uno de los países de la Unión Europea que históricamente y, lamentablemente, en los últimos años, ha sufrido más atentados terroristas. Desde el año 1986, existe un fondo llamado *Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions* (a partir de ahora FGVI), destinado a indemnizar a las víctimas de delitos de terrorismo y otros delitos violentos⁶¹. El dinero que lo compone es exclusivamente usado para la reparación de los daños personales que sufran las víctimas.

⁶⁰ Non-criminal remedies for crime victims. Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe. Year 2009. Pág. 33.

⁶¹ Brugeman, Veronique. *Compensating Catastrophe Victims: a comparative Law and Economics approach*. Pág. 316-320. Kluwer Law International. 2010. ISBN: 9041132635.

Este fondo de reparación, a diferencia de lo que sucede en el modelo español, no proviene de los presupuestos del Estado: es decir, no se financia desde el Estado francés⁶². El FGTI tiene tres fuentes de financiación: por un lado, todas aquellas cantidades que provengan del responsable penal de los delitos (por ejemplo, grupos terroristas); por otro lado, toda aquella ganancia o beneficio económico que provenga de inversiones llevadas a cabo con el dinero del propio fondo y, por último, como aportación más importante, todas aquellas cantidades que provienen de la “*taxe terrorisme*”. Este impuesto (“*impuesto terrorismo*”), grava todas las pólizas de seguro, y supone que de la cantidad total que pagan los asegurados por sus pólizas, 4,30 euros van a parar a FGTI. Esta cantidad fue aumentada en enero de 2016, debido a los numerosos y recientes ataques terroristas sufridos en el Estado francés; antes era de 3,20 euros⁶³. Las víctimas que pueden beneficiarse de esta ayuda son todas aquellas que hayan sufrido un atentado terrorista en Francia (independientemente de su nacionalidad) y las víctimas francesas de atentados terroristas sucedidos fuera de las fronteras galas.

El proceso de compensación de las víctimas de terrorismo es especialmente simple —comparado con el de reparación de víctimas de otros delitos en Francia— el FGTI, como entidad, es informada acerca de la identidad de las víctimas por el fiscal del Estado o por las autoridades diplomáticas y directamente las pone en contacto y les propone una compensación provisional por los posibles daños sufridos. Además, las víctimas pasan a recibir los derechos y prestaciones que el Estado francés otorga a civiles víctimas de guerra: estarán bajo la protección del Ministerio de Defensa de la Nación, y recibirán todos los beneficios propios que el Estado confiere a su *status* (tratamientos médicos gratuitos, ayudas al empleo, escolarización...); así como también acceso a la justicia gratuita.⁶⁴

Por otra parte, los daños materiales y aquellos daños que sufran las empresas debido a actos terroristas, no están cubiertos por este fondo de reparación. Las aseguradoras, ya desde el año de creación del FGTI, están obligadas a incluir en sus pólizas daños por ataques terroristas. Todas estas aseguradoras están unidas desde 2002 en un *pool* (agrupación de entidades de seguros) llamado GAREAT (*Gestion de l'Assurance et de la Réassurance des risques Attentats et actes de Terrorisme*)⁶⁵; para responder de manera conjunta por los daños materiales sufridos en un ataque terrorista por sus asegurados.

⁶² Página web del Estado francés: Fonds de Garantie. <http://www.fondsdegarantie.fr/how-the-fund-works/what-the-fund-does>. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.

⁶³ Kostov, Nick y Liautaud, Alexia. “France, Insurers Working to Shore Up Terror Compensation Fund”. 2 de agosto de 2016. The Wall Street Journal. <http://www.wsj.com/articles/franceinsurers-working-to-shore-up-terror-compensation-fund-1470264533>. Acceso por última vez 14 de diciembre de 2016.

⁶⁴ Compensation of Victims of Criminal Acts in France. Ministère de la Justice. République Française. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/indemnisation_victime_an.pdf. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.

⁶⁵ www.gareat.com/en. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.

Aún así, el *pool* no responde de todos los daños. El Estado ha fijado un límite de 2.480 billones de euros en 2016⁶⁶ a partir del cual él responde de los mismos.

6.2. Italia

A pesar de haber sido condenada la República Italiana por medio de sentencia del 11 de septiembre de 2016 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el incumplimiento de la directiva 2004/80/ CE por la falta de un sistema suficiente de indemnizaciones para las víctimas de delitos violentos cometidos en su territorio⁶⁷; sí que es cierto que el Estado italiano tiene una serie de mecanismos indemnizatorios para determinados delitos, entre los cuales se encuentra el de terrorismo.

Toda la normativa al respecto se encuentra en la “*Norme a favore de la vittime del terrorismo e della criminalita organizzata*”. El contenido de esta norma es, aunque menos completo, similar al de la ley española: se podrán beneficiar de ella las personas de cualquier nacionalidad que hayan sufrido un ataque terrorista en Italia y los italianos que lo sufran fuera de sus fronteras⁶⁸; las víctimas recibirán ayudas por los daños personales sufridos (con un máximo de 200.000 euros; menor que el español) y la posibilidad de una asignación vitalicia exenta del impuesto del IRPF italiano así como también otro tipo de ayudas como la gratuidad del sistema sanitario⁶⁹.

6.3. Israel

Debido a su historia, Israel es un Estado que tiene una gran experiencia con el terrorismo, la guerra y el trato y apoyo a sus víctimas. Su estructura de reparación y apoyo a las víctimas (ya que en la misma no hace diferencia entre víctimas de terrorismo, de guerra o de cualquier acto hostil) está basada en dos normas: por un lado, “*Victims of Hostile Action Law*” (la ley de las víctimas de acciones hostiles) que data de 1970 y por otro la “*Property Tax and Compensation Law*” (ley de los impuestos a la propiedad y la compensación), fechada en 1961. La primera otorga compensación a todos aquellos heridos o sufridores de algún tipo de daño personal por ataques, así

⁶⁶ Gurney, Andrew. "2016, compulsory GAREAT large risk pool". *Market Bulletin* 2016.LLOYDS. <https://www.lloyds.com/-/media/files/the%20market/communications/market%20bulletins/2015/11/y4939.pdf>. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.

⁶⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2016: Consejo de la Unión Europea frente a la República Italiana.

⁶⁸ Lechstser, Riane; Staiger, Ines; Pemberton, Antoine. *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standar of Justice*. Spring, Pág. 235. ISBN 978-90-481-3024-5.

⁶⁹ <http://www.inps.it/portale/default.aspx?itemdir=9651>. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.

como a los familiares de los fallecidos; y la segunda está destinada a la compensación de los daños materiales⁷⁰.

Para beneficiarse de cualquiera de estos dos medios de compensación una persona debe de ser nacional israelí; y de no serlo, exclusivamente podrá recibir las prestaciones que estas leyes ofrecen aquella persona que haya sido víctima de un ataque en territorio israelita.

En relación a la primera ley, todas las ayudas están otorgadas por el NII (*National Insurance Institute*); que sería como la Seguridad Social española. Es decir, todas las ayudas provienen de una entidad pública. Respecto a los heridos, esta cubre toda la atención sanitaria necesaria (hospitalización, operaciones, cuidado dental, visitas médicas y consultas...); un subsidio durante el tiempo que dure la atención sanitaria necesaria, pero exclusivamente durante el tiempo que la persona no pueda realizar su trabajo (este subsidio será calculado en base al salario que la persona que ha sufrido los daños tenía antes del ataque); rehabilitación; compensación por incapacidad (esta compensación será mensual cuando sea mayor del 20% y de una sola vez cuando sea menor), la cantidad a entregar se tomará teniendo en cuenta el salario mínimo estatal y, por último, otro tipo de beneficios económicos, como ayudas para la compra de mobiliario especializado para discapacitados (como, por ejemplo, invidentes), becas educativas o ayudas para la calefacción del hogar⁷¹. Respecto de las personas fallecidas, se otorga una ayuda mensual a su viudo/a y a sus hijos de por vida. Si el viudo o viuda se vuelve a casar, perdería esta ayuda (no sin antes recibir una garantía establecida por la ley), aunque seguiría recibiendo ayuda para la manutención de sus hijos hasta que estos cumplieran 21. Si volviera a enviudar (antes de cumplir los 65) o se divorciara, volvería a recibir esta ayuda.

La segunda ley a la que hacía referencia más arriba, la *Property Tax and Compensation Law*, recoge los supuestos de daños materiales reparables por el Estado de Israel. Cuando esta ley fue promulgada creó un fondo para hacer frente a todos estos daños; este fondo, al igual que actualmente en Francia, estaba formado por el dinero proveniente de un “impuesto a la propiedad” aplicado a todos aquellos seguros firmados en el país. Con el paso del tiempo esta forma de recaudación del dinero del fondo ha cambiado y actualmente el dinero proviene de los presupuestos generales del Estado y del dinero recaudado por el Estado de manera general en forma de impuestos. Los daños materiales cubiertos por el Estado son exclusivamente los daños directos (es decir, los indirectos, como son la pérdida de beneficios mientras duren las obras no son cubiertos). En cuanto a la cantidad de reparación, se pagará la menor entre la diferencia entre el bien antes y después del ataque o el gasto que supondría arreglarlo de manera

⁷⁰ Wade, Marianne, Dr ;Maljević, Almir. *A war on terror?: The European stance on a new threat, changing laws and human rights implications*. Springer, 2010. Pág. 232-234. ISBN: 9780387893900.

⁷¹ Sommer, Hillel. "Providing Compensation for Harm Caused by Terrorism - Lessons Learned in the Israeli Experience". Publicado en *The Indiana Law Review* 335. 2003. <https://www.ict.org.il/Article.aspx?ID=879>. Acceso por última vez el 15 de diciembre de 2016.

completa. Para que esto se lleve a cabo de manera rápida muchas veces es la propia Administración la que contrata a los trabajadores para llevar a cabo las obras⁷².

6.4. Estados Unidos de América: atentados del 11 de septiembre de 2001

La principal diferencia entre los países que aquí han sido explicados y el caso de EE.UU tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 es, que mientras todos estos han creado medios de reparación destinados al apoyo de las víctimas del terrorismo en general en el futuro (es decir, no son mecanismos encaminados a las víctimas de un hecho concreto); el Gobierno de Estados

Unidos creó un fondo especializado (*ad hoc*) para la compensación de las víctimas afectadas exclusivamente por los atentados del 11 de septiembre: el *Victim Compensation Fund* (V.C.F)⁷³. Y esto fue debido a que la legislación y mecanismos de reparación existentes hasta el momento eran insuficientes para responder a las necesidades que un atentado de tal calibre demandaba⁷⁴.

Este fondo tiene su origen en el *Air Transportation Safety and System Stabilization Act* que nació el 24 de septiembre de 2001 y fue creado por el Congreso de Estados Unidos. Esta creación daba respuesta no solo a la intención del Congreso de proteger a las víctimas del 11-S y sus familiares sino también a la industria aérea estadounidense, que corría peligro de colapsar tras el aluvión de quejas que había recibido después de los terribles atentados⁷⁵.

A través del V.C.F fueron compensados e indemnizados todos los daños personales sufridos por las víctimas de los atentados. En las compensaciones a los familiares de los fallecidos se incluían, entre otros, los salarios dejados de ganar, beneficios como las aportaciones a las pensiones, las aportaciones a los seguros médicos, o incluso los pagos en acciones. En las compensaciones a los heridos se incluían también las pérdidas que sufrieran debido a sus heridas (ya fueran presentes o futuras). Además de todas estas compensaciones por pérdidas económicas se incluyeron indemnizaciones por “pérdidas no económicas” (debidas a todo el terror sufrido a lo largo de los ataques). Para las familias de las personas fallecidas, estas supusieron 250.000 dólares más 100.000 adicionales para el cónyuge y cada uno de sus descendientes. Para aquellas personas que resultaron heridas, estas pérdidas no económicas fueron valoradas de 500 a 6 mi-

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Lascher L., Edward; E.Martin, Ellen. "Beyond the September 11 Victim Compensation Fund: Support for Any Future American Terror Casualties". Cambridge University Press, American Political Science Association. Publicado en JSTOR. Acceso por última vez el 16 de diciembre de 2016.

⁷⁵ Lechstser, Riane; Staiger, Ines; Pemberton, Antoine. *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standar of Justice*. Spring. Pág. 239-243. ISBN 978-90-481-3024-5.

llones de dólares; aproximadamente el 53% de todas estas ayudas fueron inferiores a los 100.000 dólares. Además a todas estas cantidades se les debe de añadir lo que el fondo llama “*Collateral Offsets*” (compensaciones colaterales), como eran las pensiones, los seguros de vida, los gastos de entierro o los pagos que hubieran sido debidos al Gobierno. Ninguna víctima recibió una cantidad inferior a 250.000 dólares en este sentido⁷⁶.

Es importante tener en cuenta con respecto a este fondo que las fuentes económicas utilizadas eran ilimitadas, y que se repartieron un total de 7.049 billones de dólares.

Como ya se ha dicho aquí, la principal diferencia entre este medio de reparación y los anteriores explicados en el texto es que este fue un mecanismo ad hoc elaborado para una necesidad concreta. Actualmente, y a pesar de las grandes cantidades de dólares invertidas en proteger a la nación de nuevos ataques, así como, entre otras cosas, en realizar simulacros para mejorar la atención a las víctimas en un posible atentado terrorista; no existe un mecanismo de reparación a las víctimas del terrorismo, a falta de consenso entre los políticos, académicos y la sociedad en general⁷⁷.

CONCLUSIONES

Como ya ha quedado explicado, los delitos de terrorismo buscan dañar las bases de nuestra sociedad y nuestro orden constitucional. Y es por ello por lo que en gran cantidad de ocasiones la justicia formal y la impartida por los tribunales no es suficiente; y debe de intervenir el Estado (como ya ha sido dicho anteriormente, esto constituye parte de la “respuesta social al delito de terrorismo”). El Estado, en su intervención, busca reparar a las víctimas del terrorismo de la forma más completa posible. Es por ello que a lo largo de los años se han ido promulgando diferentes leyes a través de las cuales se mejoraba la reparación dada a las víctimas del terrorismo. Estas medidas, además, no lo son exclusivamente económicas –mediante la concesión de subvenciones, otorgamiento de indemnizaciones, pensiones y de ayudas- sino también asistenciales y de apoyo –dentro de las cuales entran plazas especiales para universidades y colegios, ayuda psicológica y psiquiátrica, ayuda médica durante cualquier proceso- y medidas de reconocimiento y protección –que se llevan a cabo durante los procesos judiciales y en todo momento, ya sea mediante la condecoración de las víctimas, el otorgamiento de premios o la creación de monumentos como forma de homenaje.

En consecuencia a todo lo anterior y por ser el Estado el que lleva a cabo la reparación de las víctimas del terrorismo, no se producen los impagos –o pagos parciales- que

⁷⁶ R. Feinberg, Kenneth (Special Master of the VCF). Final Report of the Special Master for the Victim Compensation Fund of 2001. Department of Justice, United States of America Government.

⁷⁷ Lascher L., Edward; E.Martin, Ellen. "Beyond the September 11 Victim Compensation Fund: Support for Any Future American Terror Casualties". *Cambridge University Press, American Political Science Association*. Publicado en JSTOR. Acceso por última vez el 16 de diciembre de 2016.

sí se pueden reconocer en muchos otros delitos, como es el caso de los delitos de robo y hurto que se acaba de mostrar.

Asimismo y en comparación con los sistemas de reparación de las víctimas del terrorismo de otros países (como los que han sido en párrafos anteriores estudiados) creo que el sistema español de reparación sale reforzado: en primer lugar, no es un sistema *ad hoc*, sino una ley que establece reparación para cualquier acto terrorista; en segundo lugar, cubre e incluye muchas más medidas que los sistemas de otros estados, como Italia y por último, en tercer lugar, es el Estado el que responde por los daños materiales producidos en los baremos establecidos por la ley, y no un seguro o fondo privado.

Aun así, es importante tener en cuenta que esta materia se encuentra en constante evolución y crecimiento, y más –desgraciadamente– dados los últimos acontecimientos y la nueva deriva tomada por los atentados terroristas cometidos por el Estado Islámico. Es de suponer que en los próximos años, e incluso podría ser en los próximos meses, todos los países dentro de la Comunidad Internacional colaborarán para elaborar una legislación tanto antiterrorista como de reparación y compensación a las víctimas del terrorismo mejor, más sólida y eficaz.

Para terminar este trabajo y a modo de conclusión, me gustaría utilizar una de las frases del preámbulo de la ley 29/2011 de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo: *"el Estado salvaguarda así el recuerdo de las víctimas del terrorismo con especial atención a su significado político, que se concreta en la defensa de todo aquello que el terrorismo pretende eliminar para imponer su proyecto totalitario y excluyente. La significación política de las víctimas exige su reconocimiento social y constituye una herramienta esencial para la deslegitimación ética, social y política del terrorismo. El recuerdo es así un acto de justicia y a la vez un instrumento civilizador, de educación en valores y de erradicación definitiva, a través de la deslegitimación social del uso de la violencia para imponer ideas políticas"*⁷⁸.

BIBLIOGRAFÍA

Autores consultados

Dorado Porras, Javier. *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables* (2014). Dykinson. ISBN: 84-9031-922-7, 978-84-9031-922-2.

Pascual Rodríguez, E.,. *Los ojos del otro: encuentros restaurativos entre víctimas y ex-miembros de ETA* (2013). Editorial Sal Terrae.

Gutierrez de Piñeres Botero, Carolina; Coronel, Elisa; Pérez, Carlos Andrés.

⁷⁸ Preámbulo Ley 29/2011 de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo de 22 de septiembre de 2011.

- Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*. Liberabit (2009), ISSN 1729-4827, Vol. 15, N°. 1, 2009.
- Llobet Anglí, Mariona. *Derecho Penal del Terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático* (2010). La Ley, Grupo Walters Kluwer,. 1ª edición. ISBN: 9788481263671.
- Lamarca Pérez, Carmen. "Sobre el concepto del terrorismo: a propósito del caso Amedo" (1993). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fuente: Dialnet. ISSN: 0210-3001.
- Capita Remezal, Mario. *Análisis de la Legislación Penal Antiterrorista* (2008). Editorial Constitución y Leyes. ISBN: 9788483421178.
- Campo Moreno, Juan Carlos. *Represión Penal del Terrorismo*. Editorial General de Derecho. ISBN: 848950010X.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial* (2015). Sección Segunda: Delitos contra el Estado. Página 623. Tyrant Lo Blanch, Manuales de Derecho Penal. 20ª edición. ISBN: 13 9788491190592.
- Rodríguez Uribes, José Manuel. *Las víctimas del terrorismo en España* (2013). Editorial DYKINSON. ISBN: 978-84-9031-42-5.
- Català i Bas, Alexandre H. *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la Legislación y la Jurisprudencia*. Editorial Cátedra de Derecho Autonómico. Fundación Profesor Manuel Broseta- Universitat de Valencia. ISBN:978-84-931442-9-6.
- Wright, Martin. "The Paradigm of Restorative Justice". *Research and Practice*. Summer 2002. <http://voma.org/docs/connect11insert.pdf>. Acceso por última vez el 13 de mayo de 2017.
- Pascual Rodríguez, E., & Ríos Martín, J. C. "Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo (2014). (Reflections on Restorative Encounters between Victims and Convicted Persons in Terrorism Crimes)". *Oñati Socio-Legal Series*, 4(3).
- Olalde, Alberto José. "Restorative encounters in terrorist victimization in Spain: Theoretical reflections and practical insights from social work". (2014). *Oñati Socio-Legal Series*, 4(3).
- Non-criminal remedies for crime victims*. Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe. Year 2009.
- Brugeman, Veronique. *Compensating Catastrophe Victims: a comparative Law and Economics approach* (2010). Kluwer Law International. 2010. ISBN: 9041132635.
- Kostov, Nick y Liautaud, Alexia. "France, Insurers Working to Shore Up Terror Compensation Fund". 2 de agosto de 2016. *The Wall Street Journal*. <http://www.wsj.com/articles/france-insurers-working-to-shore-up-terror-compensation-fund-1470264533>. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.

- Compensation of Victims of Criminal Acts in France. Ministère de la Justice. République Française. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/indemnisation_victime_an.pdf. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016. www.gareat.com/en. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.
- Gurney, Andrew. "2016, compulsory GAREAT large risk pool". *Market Bulletin* 2016. LLOYDS. <https://www.lloyds.com/~media/files/the%20market/communications/market%20bulletins/2015/11/y4939.pdf>. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.
- Lechstser, Riane; Staiger, Ines; Pemberton, Antoine. *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standar of Justice*. Spring. ISBN 978-90481-3024-5. <http://www.inps.it/portale/default.aspx?itemdir=9651>. Acceso por última vez el 14 de diciembre de 2016.
- Wade, Marianne, Dr ;Maljević, Almir. *A war on terror?: The European stance on a new threat, changing laws and human rights implications* (2010). Springer. ISBN: 9780387893900.
- Sommer, Hillel. "Providing Compensation for Harm Caused by Terrorism - Lessons Learned in the Israeli Experience". Publicado en *The Indiana Law Review* 335. 2003. <https://www.ict.org.il/Article.aspx?ID=879>. Acceso por última vez el 15 de diciembre de 2016.
- Lascher L., Edward; E.Martin, Ellen. "Beyond the September 11 Victim Compensation Fund: Support for Any Future American Terror Casualties". *Cambridge University Press, American Political Science Association*. Publicado en JSTOR.
- Lechstser, Riane; Staiger, Ines; Pemberton, Antoine. *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standar of Justice*. Spring. ISBN 978-90481-3024-5.
- R. Feinberg, Kenneth (Special Master of the VCF). *Final Report of the Special Master for the Victim Compensation Fund of 2001*. Department of Justice, United States of America Government.
- Oehmichen, Anna. *Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator?: A comparison of Counter-Terrorism Legislation and Its implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France* (2009). Intersentia. ISBN 978-90-5095-956-8.

Documentos institucionales

- Página web del Estado francés: Fonds de Garantie. <http://www.fondsdegarantie.fr/how-the-fund-works/what-the-fund-does>. Acceso por última vez 14 de diciembre 2016.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2016: Consejo de la Unión Europea frente a la República Italiana.

Informe de población extranjera empadronada en la Comunidad de Madrid de Junio de 2013. Disponible en <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DINFORME+POBLACION%3%93N+EXTRANJERA+JUNIO+2013.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DPortalInmigrante&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352901106431&ssbinary=true>. Acceso por última vez 3 de mayo de 2017.

Informe de población extranjera empadronada en la Comunidad de Madrid de 2014. Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DBARRIO%3%93METRO+DE+INMIGRACION%3%93N+2014.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DPortalInmigrante&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352849947816&ssbinary=true>. Acceso por última vez 3 de mayo de 2017.

Informe de población extranjera empadronada en la Comunidad de Madrid de Enero de 2015. Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DINFORME+POBLACION%3%93N+DE+ORIGEN+EXTRANJERO+ENERO+2015.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DPortalInmigrante&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352901106301&ssbinary=true>. Acceso por última vez 3 de mayo de 2017.

Informe de población extranjera empadronada en la Comunidad de Madrid de Junio de 2015. Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DInforme+de+poblacion%3%93Junio+2015.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DPortalInmigrante&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352901106322&ssbinary=true>. Acceso por última vez 3 de mayo de 2017. www.rae.es. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/nacionalidad/nacionalidad/como-adquiere-nacionalidad/carta-naturaleza>. Acceso por última vez 4 de junio de 2017.

NOTA BIOGRÁFICA SOBRE LAS AUTORAS

Helena Soleto¹ es profesora de Derecho Procesal en la Universidad Carlos III de Madrid. Es doctora en Derecho por esta misma universidad (2000). Sus líneas de investigación son Derecho Procesal, Prueba en el proceso penal, Mediación y Justicia Restaurativa. Algunas de sus publicaciones recientes son “The trial of the 11 March 2004 Madrid terrorist attacks” *New Journal of European Criminal Law*, vol. 18 (2), 216-235 (2017); “DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection” (with A. Fiodorova) *Utrecht Law Review* vol. 10 (1), 149-162 (2014). (<http://orcid.org/0000-0001-8283-7354>).

Aurea Grané² es profesora de Estadística en la Universidad Carlos III de Madrid. Es doctora en Matemáticas por la Universidad de Barcelona (1999). Sus líneas de investigación son estadística multivariante, datos funcionales, detección de atípicos y bondad de ajuste. Algunas de sus publicaciones recientes son “On visualizing mixed-type data: A joint metric approach to profile construction and outlier detection” (with R. Romera) *Sociological Methods and Research*, vol. 47 (2), 207-239 (2018); “Profile Identification via Weighted Related Metric Scaling: An Application to Dependent Spanish Children” (with A. Albarrán and P. Alonso) *Journal of the Royal Statistical Society Series A—Statistics in Society* 178:1-26 (2015). (<http://orcid.org/0000-0003-0980-6409>).

Dirección de contacto: ¹Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia, Universidad Carlos III de Madrid, c/ Madrid, 126, 28903 Getafe, Spain. ²Departamento de Estadística, Universidad Carlos III de Madrid, c/ Madrid, 126, 28903 Getafe, Spain.

E-mails: H. Soleto / helena.soleto@uc3m.es - A. Grané / aurea.grane@uc3m.es

